


BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
202
10 H
21
ROMA

JOSEPHI AVERANII,

INTERPRETATIONUM JURIS

Libri Quinque.

JOSEPHI AVERANII

V. CL. JURISCONSULTI ET IN ILLUSTRI ACADEMIA PISANA,
DUM VIVERET, ANTECESSORIS

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBRI QUINQUE

IN QUIBUS MULTA CUM JURIS CIVILIS, TUM ALIORUM VETERUM
SCRIPTORUM LOCA NOVA RATIONE ILLUSTRANTUR.

MULTA ITEM EX ANTIQUITATE ROMANA GRÆCAQUE DOCTE PERTRACTANTUR.

Editio Novissima

IN TRES TOMOS DISTRIBUTA, CUM INDICIBUS, ET VITA AUCTORIS.



TOMUS PRIMUS.

MACERATÆ MDCCCXXXII.
EX TYPOGRAPHIA JOSEPHI MANCINI-CORTESII
SUPERIORUM FACULTATE.

VITA
JOSEPHI AVERANII.

Quasi ita in fatis fuisset, ut, quo in loco humaniores litterae, barbarc diu oppressae, rursus caput extulerunt, in eodem et Jurisprudentia, numquam ab his separanda, pristino nitori restitui debuisset: ita utraeque in Italia eodem fere tempore nec dissimili successu de insigni injuria, quam impurissimus quisque iis intulerat, gloriose triumpharunt. Postquam enim immortalis ille *Petrarcha*, inprimisque Graeci in Italiam profugientes humanitatis studia a superiorum temporum fecibus repurgassent, extitit etiam, qui tenebras Jurisprudentiae ab incondita Glossatorum turba offusas, miro litterarum lumine dispelleret, *Andreas Alciatus*. Verum uti non quaelibet terra quaslibet, ut ait ille, herbas alit, ita et Italia artium fere omnium parens et altrix, Jurisprudentiam, quamquam denuo protulerat, tamen Galliae quasi nutriendam ornandamque concessit. Ac pauci quidem deinde, si eorum memoria replicetur, in Italia sunt inventi, qui sibi nominis quoddam decus in Jurisprudentia peperissent. In his vero extitit nuper, qui non solum civibus suis, sed multis praeterea aliarum gentium Jurisconsultis palmam dubiam reddidit, Vir eximius, *Josephus Averanius.* Quem ego si Juris tantum summam scientiam consecutum dicerem, magnum illud quidem esset, et honoris haud vulgaris plenum, sed tamen infra dignitatem meritumque tanti viri; eum is tot alias gravissimasque artes tam solerti sit ingenio complexus, ut in qualibet earum cum his, qui omnem aetatem in iis contriverunt, certare potuisse videatur. Nihil enim aetas nostra vidit *Averanio* Graecis Latinisque litteris politius, nihil in Antiquitatis monumentis sagacius, nihil in Mathesi et Philosophia acutius, nihil denique in Jurisprudentia excellentius. Hunc virum talem ac tantum Italiae ocellus, Florentia, civitas, ut constat, praestantium ingeniorum ferax, die 20. Martii Anno 1663. protulit. Patre ille usus est *Joanne Francisco Averanio*, homine erudito et Mathesi inprimis dedito: matre *Margaretha Sacchettina*. Fratrem natu majorem habuit Italiae suae Tullium, *Benedictum*, cujus disertissima opera extant, cupideque ab iis, qui Latinarum Venerum sunt intelligentiores, leguntur; fratrem vero minorem, *Nicolaum*, Jurisconsultum, inter principes Italiae Mathematicos jure suo referendum. Adolescens *Josephus* una cum *Nicolao* in Collegio Florentino iis artibus eruditus est, quibus puerilis aetas impertiri solet; idque inprimis duce doctissimo *Garia*, quo jam antea *Benedictus* magistro fuerat usus. Hic cum brevi tempore tantum profecisset, ut ipsum praeceptorem in admirationem sui raperet, contulit se inde ad graviorum doctrinarum studium, idque Pisas, ubi tum frater *Benedictus* magna cum nominis fama limatioris Greciae Latiique cultum tradebat. Dedit igitur per quatuor annos Fratri aliisque artium et Jurisprudentiae doctoribus eam operam, quam haud exspectes ab adolescente tam tenerae aetatis. Itaque annum vicesimum

vix dum egressus, tanta cum in Jure, tum in Geometria jam ceperat incrementa, ut non solum doctoris insignia consequi posset, sed aliis etiam in his artibus ingenti cum laude viam praeiret. Testem hujus rei excito ipsum Fratrem *Benedictum*, qui in luculenta Oratione, qua *Josepho* et *Nicolao* Doctoris ornamenta detulit, quamvis a pudore suo vix impetraverit, vere tamen ita praedicavit: *Quo probe constituto, jam audacter fatebor, meos candidatos, et eloquentiae studiis ita deditos fuisse, ut et carmen condere non absurde, et orationem componere possint non ineleganter; et in historia atque antiquitate cognoscenda plurimum temporis consumpsisse; et, cum viderent Latinas litteras sine Graecis quodammodo claudicare, assumendam sibi Graecae linguae cognitionem censuisse; quo in studio mirificos profectus habuere. Dicam ego quod sentio, et dicam non augendi causa, sed quod ita se rem habere certo sciam; paucos arbitror hoc tempore adolescentes tantam esse Latini sermonis, quantam hi Graeci sunt, scientiam consecutos. Quotus enim quisque in hac tenera aetate praecipuos Latinitatis Auctores studiose lectitavit, aut commode potest aliis, et scienter explicare? At hi non principes modo Graeci sermonis Auctores, sed multos alios assidua lectione contriverunt, et studiosis adolescentibus interpretantur; docendique litteras Graecas munere ea aetate funguntur, qua si discerent, non vulgarem laudem adepti putarentur. Jam in Philosophia artium parente, magistra vitae, luce veritatis, quantum profecerint, si dicere instituam, vereor, ne oblitus propositi mei videar, horum laudes exaggerare velle dicendo. Sed, ut volet, quisque existimet: ego verum non occultabo: omnia hi veterum Philosophorum placita, omnes rationes, omnes indagandae veritatis vias tenent. Ad haec quaecunque sunt recentiorum ingeniis inventa praeclare, animo et cogitatione comprehenderunt, et, aut me amor fallit, aut nemo aequalium his est, vel in disserendo subtilior, vel in excogitando acutior, vel in colligendo solertior. Quid autem de Mathematicis dicam? non elementa Geometriae solum, sed arcana magis reccondita, Apollonii doctrinam admirabilem, Archimedis inventa divina, aliorum praeterea cum veterum, tum recentium habent cognita et pertractata. Qua freti scientia, et a Geometris propositas solvere quaestiones, et multa suo Marte possunt, eaque non contemnenda sagaciter invenire. Quid, quod in illam siderum altitudinem animum coelestium capacem subduxerunt, multiplicesque et inenarrabiles astrorum vias modo se humilius circumagentium, modo in immensam altitudinem subeuntium, retrogradientium, suos cursus retardantium, accelerantium, consistentium, et eorum ortus obitusque et latitudines, et longitudines, et intervalla, et magnitudines cognoverunt? et Ptolomaeum clarissimum coeli interpretem, sed cujus libri in magna rerum et orationis obscuritate versantur, inter sidera spatiantem, et abditissima naturae arcana rimantem, et permeantem per se nullo duce sunt assecuti; quod, quantum sit opus, explicarem, nisi adesse viderem doctissimos viros, qui experiendo didicerunt. Quae tanta ingenii, eloquentiae, doctrinae ornamenta, his praesertim moribus, integritate vitae, modestia, gravitate, continentia illustrata, cum ad nostrum Jus civile contulerint, laetandum nobis esse duco: spero enim haud exiguum olim, cum se confirmaverint, Jurisprudentiae lumen allaturos. Sed, ut ornabunt hi Jurisprudentiam, ita par est, ut ab ipsa interim Jurisprudentum ornentur insignibus; quapropter ipsis ea laetus lubensque, vobis, Patres decernentibus, trado.*

Josephus vero expectationem omnem, quamlibet magnam, ut superaret, acriter pergebat in decretis veterum Philosophorum perquirendis, explicandis Mathematicorum Problematibus, astrorumque mirabili cursu cognoscendo. Multum tribuebat sapientiae Philosophi Stagiritae, ita tamen, ut illi Philosophorum Deo, Platoni primas deferendas censeret. Hunc enim ingenii doctrinaeque principem ponebat, ab hoc tamquam fonte,

ratus, omnem solidiorem doctrinam latissime dimanare. Quid vero dicam de familiaritate, quam cum antiquis Mathematicis contraxerat? Testes sunt Interpretationes ejus nondum editae in *Archimedem*, ejusque interpretem *Eutocium*, et in *Ptolomaei Almagestum;* quae si quando ab interitu vindicentur, habebunt profecto harum rerum studiosi, qui iis facem praeferat in tot tamque obscuris horum Auctorum locis intelligendis. Hos artis magistros etsi summo studio triverat *Josephus*, excellens tamen fuit et prope singularis ejus industria, quam posuit in *Apollonii* doctrina dilucidanda. In qua quidem quo plures difficultates reperit, eo magis sibi eluctandas esse putavit. Cumque haud nescius esset, Geographiam Matheseos partem esse minime postremam, tanta hujus cognoscendae cupiditate incensus est, ut Graecos Latinosque Geographos omnes incredibili studio perlegeret, verteretque in usus suos.

Redux Pisas *Averanius* in dies illustriora dedit doctrinae suae documenta, auctore inprimis et adjutore *Ant. Maria Salvinio*, cujus sibi amicitiam pepererat morum studiorumque similitudo. Huic viro Graece tam docto tamque polito merito adhaesit *Averanius* noster, numquam, quod ipse fassus est, nisi Graece doctior, ab ejus latere decedens. Quamquam vero ipse, ut diximus, variis doctrinis animum adjecit; tamen quasi impetu quodam singulari ad Jurisprudentiam ferebatur. In qua quidem quot nodos solverit, quantasque tenebras dissipaverit, indicio sunt doctissimae ejus Interpretationes. Non est necesse, ut multas eruditorum, quibus opus hoc ornarunt, laudes congeramus. ·Satis erit, Hispaniae suae decus, *Gregorium Manjansium* audire, qui non minus scite, quam vere ita judicat: *Hoc scribendi genere superat* Averanius *omnes ante se interpretes. In disputationibus istis dubium est utrum majus ingenium, an judicium; expeditio, an elegantia.* Constat, varias esse vias, quas ingressi Jurisconsulti leges Romanas interpretari vel emendare solent. Cum enim alii in locis dubiae lectionis ad Florentinorum Pandectarum, alii ad Graecorum, alii denique ad Vulgatae editionis auctoritatem se conferunt, *Averanius* noster Vulgatam, quoad ejus fieri posset, sequendam putavit. Erat enim vir praestantissimus a corrigendi studio alienior: quod cum alibi ex ejus Interpretationibus, tum vel maxime ex justo acerbiore in Criticos praefatione, Fratris *Benedicti* Operibus praemissa, patet. Neque tamen respuebat omnino lectionem Florentinam, si vel ratio vel consensus alterius Codicis accessisset. Interim fatendum est, tanto eum acumine, tamque limato judicio Vulgatae caussam egisse, ut facile appareat, eum cum Juris studio subtilem Geometrarum demonstrandi rationem conjunxisse.

Fama igitur nominis ejus latius increbrescente, Cosmus III. Dux Maximus, dignum eum inprimis censuit, cui Juris Civilis docendi provincia in Academia Pisana mandaretur. Ac tantum abfuit, ut Principis aliorumque exspectationem falleret, ut potius conjungendis Graecarum litterarum cum Jure Civili institutionibus longissime superaret. Itaque factum est, ut brevi post a Principe Maximo filio suo JOANNI GASTONI, et deinde Magno Florentiae Duci praeceptor daretur. Ad quem quidem felicitatis gradum quamvis sua virtute pervenerit; accessit tamen et commendatio *Henrici Norisii*, qui eodem tempore Principi historiae et numismatum scientiam tradebat. Atque hoc vel propterea commemorandum putavi, quia non minor laus est, *Norisio*, quam tanto Principi placuisse. Profecto, si dicendum, quod res est, *Averanius* non umbram scientiae, sed scientiam ipsam, neque earum unam alteramve, sed totum illum doctrinarum orbem, quem Graeci apto verbo ἐγκυκλοπαιδείαν vocant, capaci est ingenio complexus. Quod nisi libri ejus satis loquerentur, tot Itali adhuc eruditione florentes, tot discipuli liberali ab eo impertiti doctrina ingenue testarentur. Non tulit superiori memoria Italia, quem non dicam anteponere, sed comparare cum *Norisio* potuisset.

Atque hic vir talis ac tantus stupuit ad doctrinam, quam *Averanius* legendis Conciliis, Canonibus, Patribus et Apologeticis erat consecutus.

Nihil umquam gratius accidit *Josepho* nostro consuetudine hominum eruditorum. Cumque tanta esset morum suavitate, ut omnes facile alliceret ad amorem sui, eruditione autem tanta, ut quisque eum disserentem libentissime audiret, pervenit in amicitiam eximiorum virorum, *Henrici*, quem diximus, *Norisii*, *Antonii M. Salvinii*, *Rilli*, Jurisconsulti, Comitis *Magalotti*, *Forzoni Accolti*, *Migliorucci Giannetti*, *Grandii*, *Valsechii*, *Gorii*, et aliorum. Quam quidem ita constanter coluit, ut nulli umquam causa conquerendi fuerit data.

Prudentia quanta fuerit, vel hoc indicio erit, quod eum non viri solum eruditi, sed ipse Princeps Cosmus III. ejusque primores amici gravibus de rebus in consilium adhibuere. Neque hoc praetereundum est, quod inprimis commemorari meretur, Rotam Romanam clarorum Jurisconsultorum adhuc viventium auctoritate uti, sed nomen reticere solitam, quoties *Averanium* ad partes vocaret, a semetipsa descivisse, ejusque et auctoritatem laudasse et nomen.

Dicerem, rerum quoque naturalium singularem in eo peritiam fuisse, nisi quisque ex Observationibus Philosophicis, Physicis et Mechanicis, quae in Transactionibus Societatis Londinensis (cujus membrum fuit) extant, judicium facere posset. Saepe in Observatorio Academiae Pisanae una cum aliis Professoribus praesertim ope Machinae Pneumaticae *Boyleanae*, praesente Cosmo III. ejusque filio, Physicas Observationes instituit. Ipsius etiam quaedam sunt de soni propagatione experimenta; in qua indaganda se ei adjunxit Vir Illustris, *Henricus Newtonus*, Regis Britannorum ad Florentiae Ducem Legatus. Hujus aliorumqua laborum fructum cum saepius tulit, tum Anno 1721. quando ornatissimi quique *Averaniae* disciplinae alumni aeneum ei numisma cum effigie dedicarunt.

Nec poeticae suavitatis, quod mireris, expers fuit quamvis tetricae Jurisprudentiae et tot gravioribus doctrinis addictus. Carmina quidem ejus ob verborum sententiarumque splendorem ita se probarunt judici harum rerum vel inprimis perito, *Petro Burmanno*, ut ea sibi typis vulganda postularet; ad quem etiam *Averanio* adhuc superstite sunt transmissa. Hae igitur fuere praecipuae dotes *Averanii* nostri, quas, cum per se pateant, latius persequi non est necesse. Quemadmodum vero ad litteras natus factusque videbatur, ita et in iis sibi consenescendnm putavit. Neque quidquam prius ab industria solita remisit, quam die 5. Dec. 1737. quando apoplexia, qua deinde per decem fere menses crudelissime est vexatus, memoriam ei abstulit omnem. Expiravit vero caelebs, castitatis, si quis alius, servans, die 24. Augusti 1738. hora 9. matutina, annos natus 75. menses 5. dies 4. Bona suo testamento reliquit Patribus Hospitalaribus *S. Joannis*. Bibliothecam lectissimam donavit Academiae Pisanae; varios praeterea amicos legatis ornans. Sequenti die, qui Lunae erat, corpus ejus in Ecclesia PP. Praedicatorum *S. Marci* sepulchro est conditum. Qua de re ut omnes certiores fierent, jussit Ampl. Senator, *Petrus Franciscus Riccius*, Praeses Ordinis Equitum S. Stephani, et Academiarum Pisanae èt Florentinae, *Averanii* quondam discipulus, sequens elogium a doctissimo *Gorio* confectum portae Ecclesiae inscribi.

ADESTE CONLACRYMANTES FLORENTINI CIVES.
PERPETUI MOERORIS ET LUCTUS NON UNA VOBIS CAUSA.
JOSEPHUS AVERANIUS.
JURISPRUDENTIAE MAXIMUM LUMEN.
BONARUM ARTIUM COLUMEN.
PATRIAE DECUS, PISANI ATHENAEI BENEFICUM SIDUS.
AETATIS NOSTRAE INSIGNE ORNAMENTUM.
ELOQUENTIAE,
PHILOSOPHIAE, GEOMETRIAE, ASTRONOMIAE,
CUNCTARUMQUE DISCIPLINARUM ARBITER DOCTISSIMUS.
SUMMUS NATURAE
RERUM, OMNISQUE ANTIQUITATIS INTERPRES.
EXTINCTUS EST.
VIRO JUSTO. PRUDENTI. OPTIMO. CHRISTIANA PIETATE.
MODESTIA. CONTINENTIA.
ANTIQUIS ILLIBATISQUE MORIBUS ORNATISSIMO.
AMORE. CONSILIO.
LIBERALITATE DE OMNIBUS
PRAESERTIM EGENIS OPTIME MERITO.
EDITIS EDENDISQUE RARISSIMI INGENII
SUI MONIMENTIS IN OMNIUM SAECULORUM
MEMORIA SEMPER VICTURO.
LUCIS AETERNAE CONSORTIUM
ADEO ENIXIS PRECIBUS IMPLORATE.

Antonius vero *Nicolinius*, Vir Nobilissimus, suis ei impensis sepulchrum vario ornatum marmore cum ejusdem effigie in numismate marmoreo dicavit, hoc addens epitaphium.

JOSEPHO AVERANIO
CIVI FLORENTINO BENEDICTI ET NICOLAI FRATRI
IN PISANA ACADEMIA LIII. ANNOS LEGUM INTERPRETI
JURIS CONSULTORUM SUI TEMPORIS MAXIMO
PHILOSOPHIA GEOMETRIA ASTRONOMIA
GRAECIS LATINIS LITTERIS POESI ELOQUENTIA
ROMANAE HISTORIAE COGNITIONE CLARISSIMO
RELIGIONE MORIBUS SPECTATISSIMO
PRAECEPTORI OPTIMO
QUI VIXIT ANN. LXXV. MENSES. V. D. IV.
OBIIT IX. KAL. SEPT. ANNO A CHRISTO NATO
MDCCXXXVIII.
ANTONIUS NICOLINIUS
EX MARCHIONIBUS PONTIS SACCI
ET CASTRI CAMULIANI
H. M. D. S. P. F. C.

OPERA *Averanii* EDITA haec sunt.

Interpretationum Juris Libri II. Lugduni Batavorum 1716. iterum editi 1736. in 8.
Interpretationum Juris Libri tres posteriores, Opus posthumum, primum editi Lugd. Batav. 1746. iterum vero hic excusi, cum duobus prioribus.
De calculorum seu latrunculorum ludo Dissertatio. In Venezia 1743. nel Tom. VII. della Miscellanea di varj Opuscoli.
Disputatio *de Jure Belli ac Pacis.* Florentiae 1703.
Dissertatio *de Repressaliis* habita Pisae 1713. magno cum suo, tum Lycei Pisani honore coram Sereniss. Rege Poloniarum et Electore Saxoniae, FRIDERICO AUGUSTO III. qui tum princeps Juventutis Italiam perlustrabat.
De Libertate Florentiae
Vita Benedicti Averanii, fratris sui, in principio Operum ejusdem *Benedicti.*
Consultationes et Responsa Juridica seorsum edita.
Prefazione alle Poesie Toscane di Monsignor Ansaldo Ansaldi impresse in Firenze nel 1704.
Lezioni sopra la passione di S. C. Urbino 1738.
Lezioni Toscane, in Firenze 1744. Hujus praeclari Operis, quod ingenti eruditione ex sacris profanisque Scriptoribus tam Graecis, quam Latinis arcessita refertum est, in lucem proferendi initium nuper fecit Cl. *Gorius*; cui ut finem quam primum imponat, serio optamus.

OPERA INEDITA.

De Lampadum ludo Dissertatio.
Elegiae, et Epigrammata, et alia Carmina.
Opuscula Mathematica.
Esperienze fatte sopra le gemme, e pietre dure collo Specchio Ustorio.
Esperienze sopra la propagazione del suono.
Haec OPERA fere omnia Florentiae praelo subjecta sunt 4. Volum. in 4.
Alia quaedam ejusdem Cl. Viri Opera MSS. in Bibliotheca Academiae Pisanae extare feruntur; quae ut aliquando, sicut dignitas argumenti, scribendique ratio meretur, a tenebris vindicentur, omnes, quibus solidior doctrina curae cordique est, nobiscum etiam atque etiam exoptant.

INDEX CAPITUM

QUÆ IN TOMO PRIMO CONTINENTUR.

LIBER PRIMUS.

Caput XII. Ad l. per procuratorem ff. de acquir. vel omit. hered. *Hereditas per procuratorem, vel quamcumque aliam personam an possit adiri, copiose disputatur. Discrimen inter agnitionem bonorum possessionis, et aditionem hereditatis. De actibus legitimis; de cretione: de acceptilatione: de Procuratore Caesaris, et aliis, quae luculenter explicantur.*

Caput XIII. Ad l. 2. §. sed etsi mater ff. ad SC. Tertull. et l. 1. §. qui habebat ff de poss. contr. tab. *Nova quaestio proponitur. An agnatio et cognatio simul junctae constituant potentius vinculum ad succedendum. An agnatus remotus possit mutuari gradus proximitatem a cognatione, ut excludat proximiorem cognatum: et an duplex vinculum quicquam operetur. De successione agnatorum, et cognatorum et bonorum possessionibus* Unde legitimi, et Unde cognati *disseritur luculentissime.*

Caput XIV. Ad l. hujusmodi 84. §. si quis servum ff. de legat. 1. *De dolo dante causam contractui pertractatur uberrime. De exceptionibus, quae insunt contractibus. An sit ipso jure nullus contractus, cui exceptio inest. Ordo veterum judiciorum explicatur. Discrimen inter contractus strictos, et bonae fidei.*

Caput XV. Ad l. haec si res 47. ff. de rei vindic. *An dominium transferatur in possessorem sola voluntate domini, etiamsi res praesens non sit. In judiciis quae res praesens dicatur, quae absens. Multa de veteri forma judiciorum exponuntur: et de rei vindicatione accurate pertractatur.*

Caput XVI. Ad l. ejus qui 41. ff. de reb. credit. *De errore impediente dominii translationem. An qui agit ut transferat aliud dominium, quam quod transferre vellet, ullum dominium transferat. Comparatur hic error errori in corpore rei. Discrimen hac in re inter libertatem et dominium.*

Caput XVII. Ad l. si ego pecuniam 18. ff. de reb. cred. *Error in causa contrahendi vitiat contractum, non obstat dominii translationi. Conciliantur Ulpianus et Julianus.* Nummos non fieri accipientis, et mutuum non contrahi, *promiscue a Veteribus accipiuntur. Ad dominium transferendum sufficit causa putativa.*

Caput XVIII. Ad l. si quis vinum 9. ff. de vin. trit. et ol. leg. *Agitur de errore tum in nomine proprio, tum in nomine appellativo. Varia vini genera recensentur tum naturalis, tum factitii. De verbis testatorum interpretandis.*

Caput XIX. Ad l. labeo 45. ff. de contrah. empt. *Agitur de errore tum in corpore rei, tum in materia, tum in qualitate. Affertur discrimen inter emptionem et alios contractus. De orichalco disputatur uberrime. Rejicitur Hunnii, et Cujacii interpretatio.*

Caput XX. Ad §. est autem litus Instit. tit. de Rer. Divis. *Litoris definitio explicatur. Hybernus fluctus quid. Æstus maris quid.*

Caput XXI. Ad §. si communis Inst. tit. de injur. *Agitur de injuria facta communi servo; an aestimanda sit pro dignitate dominorum, an pro portione dominii: et utrumque considerandum esse demonstratur. Conciliantur leges contrariae. Adjiciuntur quaedam de divisione hereditatis.*

Caput XXII. Ad l. si vero 5. ff. qui satisd. cog. *Quaeritur an recusando idoneum fidejussorem, ipsi fiat injuria: et an debitori offerenti. Qui sint idonei fidejussores. Explicatur mos antiquus ducendi in jus debitores.*

Caput XXIII. Ad l vulgaris 21. ff. de furt. *Rei minimae furtum fieri demonstratur. Plura hujus furti exempla afferuntur, et explicantur. De pretio rerum, quo apud Veteres pleraeque vendebantur. An ex furto rei minimae actio furti daretur.*

Caput XXIV. Ad l. si ita fidejussorem 43. ff. de fidejuss. *Fidejussor in aliam obligationem, aut in duriorem causam accipi non potest. De aestimatione aureorum et solidorum: Plures leges explicantur*

et emendantur. Cur deportati libertatem amittere dicerentur.

Caput XXV. Ad §. poena furti Instit. de oblig ex del. *Variae furtorum poenae recensentur cum apud Graecos, tum apud Romanos. Poena furti in quadruplum quando a Praetore subrogata. Adjiciuntur multa de nectendis atque addicendis debitoribus Jure Veteri.*

Caput XXVI. Ad §. conceptum Instit. tit. eod. *De poena furti concepti. Furtum conceptum per lancem et licium. Quo modo conciperetur, et unde mos deductus.*

Caput XXVII. Ad l. qui vas argenteum ff. de furt. *Nova hujus legis explicatio. An dominus a debitore vel jure possit auferre rem propria auctoritate, et quae sit poena.*

Caput XXVIII. Ad l. 3. §. si rem ff. de acquir. poss. *An possessio, et dominium ab eo, qui rem detinet, solo animo acquiratur: an sit necessarius aliquis actus externus. De contrectatione in furto necessaria, quod neque verbis, neque inficiatione, neque scriptura fit.*

Caput XXIX. Ad l. si quis conduxerit ff. locat. *De locatione simulata animo donandi facta. De nummo et sestertio. Solemnia Veterum mancipationum. Quaedam alia subjiciuntur ad substantiam locationis et venditionis pertinentia.*

Caput XXX. Ad princ. tit. Inst. de servit. *Quaeritur cur constituta itineris servitute possit quis lectica vehi. De lecticis Veterum: itemque Basternis, Carrucis, Sellis.*

LIBER SECUNDUS.

Caput I. *Explicatur copiose* l. 2. C. quae sit longa Consuet. *Consuetudinem legi derogasse tam apud Athenienses, quam apud Romanos perspicue probatur multis exemplis. Posteriora esse potiora, et derogare prioribus, probatur pariter multis exemplis.*

Caput II. *Explicatur latissime* l. si in emptione 34. in princ. ff. de contr. empt. *confutatis doctissimorum Hominum expositionibus, et communi opinione, quoad interpretationem ambiguorum pactorum contractibus adjectorum. De Pactis venditioni adjectis late disseritur: tum vero de errore, et ambiguo: et quantum inter se differant.*

Caput III. *Explicatur* l. Graece 8. §. illud commune ff. de fidejussor. *De fidejussore in duriorem causam accepto disputatur accurate, et an obligetur in summa debita, si majorem summam promittat. Expenditur communis regula, quod* utile per inutile non vitiatur: *et quando non sit admittenda, demonstratur.*

Caput IV. *Exponitur* §. si quis Stichum *ejusdem legis*, et l. si ita 42. ff. de fidejuss. *An fidejussor in aliam obligationem accipi possit, in controversiam adducitur. Committuntur multae leges, quae inter se pugnare videntur: et conciliantur, et explicantur. Quando fidejussor in aliam obligationem acceptus intelligatur, luculenter exponitur.*

Caput V. *Exponitur* l. ult. §. si mulier, *penult.* ff. ad SC. Vellejan. *Quaeritur an mulier possit renunciare beneficio Vellejani. Examinatur accurate regula illa Juris, quod* invito beneficium non datur*: distinguuntur varia genera beneficiorum: et quando cesset illa regula, demon-*

militiis: quae earum genera: quae militiae ex casu: quae essent in commercio: quae ad haeredes transmitterentur: et alia hujus generis explicantur. Annona Magistratibus praestari solita, et coetera ejusdem modi expenduntur.

Caput XVIII. *Exponitur text. in* l. sed etsi suscepit 52. §. 1. ff. de judiciis. *De tesseris frumentariis, et earum legato accurate disseritur. De tesseris extra ordinem. De pane distribuendo: de frumentatione.*

Caput XIX. *Explicatur text. in* l. patronus 35. *in princ.* ff. de leg. 3. *De legato tribus: quid esset tribum emere: tribus nomen quot modis accipiatur: qui essent tribules, et cur ita appellati. Quae Principum liberalitates et donationes? quid congiarium?*

Caput XX. *Exponitur* l. in illa stipulatione ff. de V. O. *Agitur de die adjecto conditioni promiscuae, et late disceptatur, an sit expectandus etiamsi conditio extiterit ante lapsum diei, et arrepta occasione multae leges explicantur tum ad locationem, tum ad stipulationem pertinentes.*

Caput XXI. *Exponitur* l. hoc jure 10. ff. de V. O. *Agitur de die adjecto conditioni non promiscuae, et an sit expectandus, conditione ante diem existente, luculentissime disputatur, et quam plures leges explicantur, et inter se componuntur. Quod sit discrimen hac in re inter conditionem promiscuam, et non promiscuam. Copiose etiam disseritur de die adjecto tum certo, tum incerto, et variae distinctiones proponuntur, et explicantur. Denique afferuntur septem exceptiones, in quibus non est expectandus dies adjectus conditioni non promiscuae.*

Caput XXII. *Exponitur* l. 1. ff. de legat. 2. *et conciliatur cum* l. nonnumquam 52. ff. de condit. et dem. *ad quarum conciliationem multa ingeniose, et subtiliter excogitantur, et an differat legatum in alienam voluntatem collatum a conditione collata in alienam voluntatem, expenditur. Circa collationem tacitam et expressam multa ab aliis non animadversa acute adnotantur.*

Caput XXIII. *Exponitur* l. sub hac 8. ff. de oblig. et action. *multo aliter quam a doctissimis Viris hactenus sit explicata. De conditionibus* si volam, *et* si voluero *dilucide et accurate disseritur.*

Caput XXIV. *Explicatur uberrime* l. obtinuit 3. ff. de cond. et dem. *et hac occasione omnes etiam leges, in quibus agitur de impossibili conditione. Per omnia genera conditionum impossibilium exspatiatur haec interpretatio, et omnium natura, vis, effectus pervestigantur: multaque afferuntur a Nostris aut non animadversa, aut dilucide non explicata: et tota materia conditionum impossibilium brevi comprehenditur.*

Caput XXV. *Explicatur* l. si Titius et Sejus 9. ff. de V. O. *Defenditur subtiliter et copiose Accursii interpretatio. Examinantur Aliorum sententiae. Nova proponitur interpretatio: eas stipulationes non esse conditionales. De conditione, quae impletur per litis contestationem, an suspendat actionem: item ea, quae tacite inest.*

Caput XXVI. *Exponitur* l. cum duobus 52. §. damna ff. pro soc. *cum* l. quae fortuitis 6. C. de pignor. act. *et* l. 2. §. si eo tempore ff. de admin. rer. ad Civ. pertin. *Traditur dilucide quid sit casus fortuitus: et qui sint fortuiti casus. Probatur communis distinctio: alios esse casus solitos, alios insolitos. Quorumdam opinio quoad casus fortuitos confutatur.*

Caput XXVII. *Exponitur* l. quidam testamento 96. ff de leg. 1. *cum omnibus aliis, in quibus agitur de assignatione certi fundi, vel rei, unde depromi debet id, quod solvendum est. Gravissima illa controversia: an fundi assignatio vicem demonstrationis, vel taxationis obtineat a Nostris hactenus non satis enucleate, ac diligenter explanata, cum explanatius, atque distinctius, tum uberius explicatur, ac dirimitur. Multae distinctiones proponuntur, quibus res magnis controversiis implicata facillime expeditur.*

Caput XXVIII. *Explicatur* l. generali 32. §. uxori ff. de usufr. leg. et l. praedia



JOSEPHI AVERANII,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER PRIMUS.

Caput Primum

AD L. IMPERIUM III.

ff. de Jurisdict.

SUMMARIUM.

I. Imperium merum quid sit.
II. Gladius multis modis accipitur.
III. Sententia Judicis certa esse debet.
IV. Non debet esse ambigua, generalis, et obscura.
V. Interpretanda est secundum propriam verborum significationem.
VI. Gladii nomen in sententia materialiter accipi debet.
VII. Ad gladium dari quid? et ad gladium ludi deputari.
VIII. Jus gladii quid significet?
IX. Gladius, insigne imperii.
X. Gladium dando Imperator merum imperium conferebat: et gladium adimendo adimebat imperium.
XI. Honores juris gladii qui dicerentur?
XII. Potestatem gladii habere, et gladii potestate succingi, quid significet?
XIII. Stante Rep. insigne imperii erant secures.
XIV. Consules non praecedebant secures in urbe post legem Valeriam, sed extra urbem.
XV. Cur gladius esse coeperit insigne imperii?
XVI. Gladii nomen in definitione meri imperii refertur ad omnes graviores animadversiones.
XVII. Animadvertendi verbum aliquando ad poenam mortis: aliquando ad alias poenas graves refertur.
XVIII. Aliquando etiam ad leviores.
XIX. XX. Explicatur definitio meri imperii.
XX. Merum imperium aliquando plura, aliquando pauciora genera animadversionum comprehendit.
XXI. Quoad merum imperium, tantum quis habet, quantum ei specialiter concessum est.
XXII. Merum imperium in quibusdam plenius, in quibusdam minus plenum.

De mero imperio pauca delibemus. De eo tres occurrunt quaestiones. Quid sit: quibus datum sit, et an mandari possit: singulas strictim attingamus. A prima ordiamur.

1 Quid sit merum imperium, eleganter explicat Ulpianus in *l. 3. ff. de jurisd.* his verbis: *Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines.* Reprehendunt plerique Ulpianum, quod, si non absurde, saltem minus distincte, atque explicate nobis meri imperii naturam descripserit. Expendamus igitur accurate Ulpiani verba, quae non difficiles habent explicatus apud homines non omnino rudes, et imperitos, et antiquitatis ignaros.

Gladii nomen multis modis accipitur. 2
Aliquando significat gladium ipsum, hoc est, ferrum ipsum, quo quis feriri debet. Uno verbo, ut cum scholis loquar, accipitur materialiter. In hac significatione 3
accipitur in sententia judicis, quae, cum certa esse debeat, *§. curare Instit. tit.*

de action. l. in sententiis 59. *ff. de re judic. l. pen. et ult. C. de sentent. quae sine certa quant.* non recipit metaphoricas interpretationes, ne reddatur ambigua, generalis, obscura contra text. in *l.*
4 *quid tamen* §. *Pomponius ff. de recept. arbitr.* Si igitur sententiam judicis inter-
5 pretari debeamus secundum certam ac propriam verborum significationem, in ea gladii nomen pro ipso gladio materiali accipere debemus. Hinc Ulpianus in *l.*
6 *aut damnum* §. 1. *ff. de poen.* ait: *Vita adimitur, ut puta, si damnatur aliquis, ut gladio in eum animadvertatur: sed animadverti gladio oportet, non securi, vel telo, vel fustibus, vel laqueo, vel quo alio modo.* Itaque merito Antonius Caracalla, cum Papinianum nostrum gladio feriri jussisset, et securi percussus esset, percussorem increpavit his verbis: *gladio te oportuit exequi jussum meum.* Plane ad gladium Ludi damnari dicebantur, qui ad ludum gladiatorum damnabantur. *Capitolin. in Macrin. Servos, qui a dominis fugissent, ad gladium Ludi deputabat,* quo fortasse referendi sunt
7 text. in *l. si quis mihi* §. *si quis plane ff. de acquir. vel. om. hered.* in *l.* 6. §. *irritum sit ff. de injust. rupt.* in *l.* 1. *in princ. ff. de Abig.* et *Pauli l.* 5. *sentent. tit.* 17. ibi: *Sane, qui ad gladium dantur, intra annum consumendi sunt.* Differunt enim haec inter se, damnari aliquem, ut gladio feriatur: et damnari aliquem, ut ad gladium detur. Sicut etiam discrimen est inter eos, qui ad gladium dantur; et eos, qui damnantur ad ludum. Illi enim intra annum consumi debent: hi et pilea et rudem accipere possunt. Sed haec obiter.

Aliquando gladii nomen in laxiori significatione accipitur, et, ut dicam, formaliter, et comprehendit omne genus ul-
8 timi supplicii. Non aliter accipitur, cum dicimus *jus gladii*, quod plerumque significat jus vitae et necis. Cornel. Tacit. *lib.* 3. *Histor.* de Vitellio Imperatore: *Postremo fletu praepediente assistenti Consuli* (Caecilius Simplex erat) *exsolutum a latere pugionem, velut jus necis vitaeque civium, reddebat.* D. Augustin. *epist.* 61. *ad Dulcitium Tribunum: Nec enim gladii jus in eos accepisti.* Sen. *lib.* 1. *de ira cap. ult. Vides, quam debeat omni perturbatione liber accedere ad rem summa diligentia tractandam, potestatem vitae necisque: male irato ferrum committitur.* In hac significatione plerumque accipitur in jure nostro jus gladii: adeo ut solummodo comprehendat potestatem damnandi ad ultimum supplicium, non vero referatur ad alias poenas etiam minores. Ulpian. *in l. illicitas* §. *qui universas ff. de offic. Praes. Qui universas provincias regunt, jus gladii habent, et in metallum dandi potestas eis permissa est.* Idem *in l. solent.* 6. *ff. de offic. Procons. Nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad alium transferre.* Idem *l. nemo potest.* 10 *ff. de reg. jur.* ubi eadem habentur verba. In his omnibus legibus gladii jus significat jus vitae et necis, et distinguitur a jure infligendi alias poenas. Et in *l. cum Vir.* 31. *C. ad leg. Jul. de adult. Jubemus insurgere leges, armari jura gladio ultore, ut exquisitis poenis subdantur infames.*

Aliquando denique gladius est insigne 9
imperii, et quoties tamquam insigne imperii consideratur, comprehendit non solum ultimum supplicium, sed etiam omnes graviores animadversiones, quae ad imperium pertinent. Tacit. *l.* 3. *hist. Assistenti Consuli exsolutum a latere pugionem, velut jus necis vitaeque civium, reddebat. Aspernante consule, reclamantibus, qui in concione astiterant, ut in aede Concordiae positurus insignia imperii, domumque fratris petiturus, discessit.* Vides inter insignia imperii pugionem. Sveton. *in Galba cap.* 11. *Deposita legati, suscepit Caesaris appellationem: iterque ingressus est paludatus, ac dependente a cervicibus pu-*

gione ante pectus. Senec. *de clement. cap.* 11. *Praestitisti Caesar civitatem incruentam: et hoc, quod magno animo gloriatus es, nullam te toto orbe stillam cruoris humani misisse, eo majus est, mirabiliusque, quod nulli unquam citius gladius commissus est.* Gladium pro imperio dixit. Neroni enim septemdecim annis nato delatum imperium, seu gladius commissus est, imperii insigne.

Nec solum in Imperatoribus, sed etiam in Magistratibus imperii insigne
10 erat gladius. Ei enim, cui Imperator gladium dabat, conferebat merum imperium: et contra merum imperium adimebat ei, quem gladium deponere volebat. Dio *lib.* 53. *de Augusto.* Τήν τε στρατιωτικὴν στολὴν φοροῦντας, καὶ ξίφος· οἷς γε καὶ στρατιώτας δικαιῶσαι ἔξεστιν, ἔχοντας. Ἄλλῳ γὰρ οὐδενί, οὔτε ἀνθυπάτῳ, οὔτε ἀντιστρατήγῳ, οὔτε ἐπιτρόπῳ, ξιφηφορεῖν δέδοται, ᾧ μὴ καὶ στρατιώτην τινὰ ἀποκτεῖναι ἐξεῖναι νενόμισται. Οὐ γὰρ ὅτι τοῖς βουλευταῖς, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἱππεῦσιν, οἷς τοῦθ' ὑπάρχει, καὶ ἐκεῖνο, συγκεχώρηται, hoc est: *Tribuit illis ut veste militari uterentur, gladiumque gestarent, quibus in milites animadvertere jus esset. Nulli enim alii, neque Proconsuli, neque Propraetori, neque Procuratori Caesaris conceditur ut gladium gestet, cui non etiam necandi militis jus detur. Omnibus enim non solum Senatoribus, sed etiam Equitibus, quibus illud conceditur, hoc etiam datur.* En, quod omnibus, quibus Imperator gladium dat, dat etiam imperium: nempe, quia gladius imperii insigne. Est illud a *Xiphilino* ac *Zonara* relatum Trajani magnanimum dictum, qui, cum Licinio Jureae Praefecto Praetorio gladium porrigeret, quo eum ob dignitatem cingi oportuit: *Accipe*, inquit, *hunc gladium, ut eo, si bene imperavero, pro me; sin male, in me utaris.* Julianus Imperator, Christianae Religionis irrisor petulantissimus, statuit Christianis procurationem Provinciarum, et juris dicundi provinciam non esse committendam, cum illis Christi lex gladio uti non permitteret: ut refert Rufinus *lib.* 1. *Histor. Ecclesiast. cap.* 1. Herodian. *lib.* 3. *de Plautiano, Praefecto Praetorio sub Imperatore* Severo: Παρῃά, ὑπό τε αὐτῶν ξίφος, καὶ παντὸς ἀξιώματος σχῆμα ἔφερε μόνος. *Suspensum gestabat ensem, et omnia insignia dignitatis ipse solus.* En, praecipuum dignitatis insigne gladius. Plutarchus in Galba: Τιγελλίνῳ τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, *Tigellino collegae imperavit, ut gladium deponeret.* Deponere gladium jussit, cum voluit eum abdicare magistratu.

Hinc magistratus, qui habebant merum imperium, dicebantur *honores juris gladii.* Lamprid. *in Alexand. Sev. Hono-* 11
res juris gladii nunquam vendi passus est, dicens: necesse est, ut, qui emit, vendat, ego non patiar mercatores potestatum; et qui habebant merum impe- 12
rium, jus, et potestatem gladii habere dicebantur, et gladii potestate succingi, cum merum imperium ipsis dabatur. Julius Capitol. *de Gordianis: Filiusque legatus patris exemplo Scipionum gladii potestate succinctus est.* Sulpic. Sever. *in vita B. Martini lib.* 3. *Illi cura praecipua, ne Tribuni cum jure gladiorum ad Hispanias mitterentur.* Jul. Firmic. *lib.* 3. *Math. cap.* 3. *Et in magnis administrationibus juris gladii decernit potestatem.* Huc alludit D. Paulus epist. ad Roman. c. 13. *Si malum feceris, time: non enim sine causa gladium portat.*

His probe constitutis apparet, olim quidem stante rep. meri imperii insigne fuisse secures. Nam cum initio Consules me- 13
rum imperium haberent, ipsos praecedebant duodecim lictores cum securibus. Adempto autem ipsis mero imperio per legem Valeriam, *l.* 2. §. *exactis, et* §. *et quia ff. de origin. jur.* ablatae quoque fuerunt ipsis secures, et relicti fasces sine securibus. Quia vero Consuli- 14
bus ad bellum prodeuntibus mandabatur imperium, idcirco extra urbem sumebant secures: quia magistratus urbem egressus statim accipit insignia magistratus, et imperii; *l.* 1. *ff. de off. Procons.* nec ante

ea deponit, quam urbem ingrediatur. *l. ult. ff. eod.* Dionys. Halicarnass. *lib.* 4. de Valerio Poplicola, qui legem Valeriam tulit de provocatione: Βεβαίαν πίστιν ὑπὲρ τῆς ἐλευθερίας τοὺς δημοτικοὺς λαβεῖν βουλόμενος, ἀφεῖλεν ἀπὸ τῶν ῥάβδων τοὺς πελέκεις, καὶ κατεστήσατο τοῖς μετ' αὐτὸν ὑπάτοις ἔθος, ὃ καὶ μέχρι τῆς ἐμῆς διέμεινεν ἡλικίας, ὅταν ἔξωθεν τῆς πόλεως γένωνται, χρῆσθαι τοῖς πελέκεσιν, ἔνδον, δὲ ταῖς ῥάβδοις κοσμεῖσθαι μόνοις. *Firmam, ac stabilem fidem libertatis populum accipere volens, ademit a fascibus secures, moremque traduxit ad sequentes Consules, qui etiam hac aetate servatur, ut, cum extra urbem essent, securibus uterentur, intra urbem autem incederent cum solis fascibus.* Dictatori autem, quia, quoties creatūs erat sine provocatione, merum imperium habebat, etiam in urbe praeferebantur fasces cum securibus, ut auctor est idem Dionys. *eod. lib.* 4. Itaque stante rep. secures erant insigne meri imperii, quia eo tempore, non gladio, sed securi feriebat delinquentes. Imperatorum aevo, post introductam gladii poenam, insigne imperii fuit gladius, ut ostendimus.

Quamquam enim gladius ad mortem referatur, non ad alias animadversiones; tamen, quia illis, quibus dabatur jus
15 vitae et necis, concedi solebant etiam aliae animadversiones, etsi non semper omnes, tamen aliquae saltem ex iis, quae pertinent ad merum imperium; idcirco gladius coepit esse insigne imperii.

In hac autem significatione accipitur in Ulpiani definitione, quam explicamus,
16 gladii nomen. Itaque adjecit Ulpianus illa verba: *ad animadvertendum in facinorosos homines;* ut intelligeremus, eum non referre nomen gladii, ut diximus in explicatione primae significationis, vel ad poenam mortis juxta secundam significationem, sed ad omnes graviores et atro-
17 ciores poenas. Licet enim animadvertendi verbum aliquando referatur ad ultimum supplicium, ut in *l. prospiciendum § ult. et l. seq. ff. de poen. et in l. si quid erit ff. de offic. Procons.* tamen ex propria significatione omnes graves poenas comprehendit. Sallust. *ubi prius verberibus in eos animadverteretur.* Cic. *in Verr. In Achaja Magistratum Sicyonium nummos poscit: cum non daret, animadvertit. Improbum, sed inauditum genus animadversionis videte, l. etsi percussor* 6. *ff. ad SC. Sillan. l. in eum* 5. *ff. de extraord. crimin.* et alibi.

Imo verbum animadvertendi omnes poenas comprehendit, etiam leviores, et pecuniarias, ut in *l. aliud fraus. ff. de* 18
V. S. l. item apud Labeonem § ait Praetor ff. de injur. l. 1. *de aleator.* et passim. Et ideo in *l.* 1 *§ solent ff. de offic. Praef. urbi*, ea, quae continet poenam mortis, et praeterea graves alias coercitiones, appellatur *major animadversio.*

Itaque in nostra definitione verba illa, *potestatem gladii*, restringunt verba sequentia: *ad animadvertendum*; et, quia levis animadversio non pertinet ad potestatem gladii, nec convenit facinorosis hominibus. Contra verba sequentia quo- 19
dammodo dilatant antecedentia: cum enim generalia sint, demonstrant, quid nomine gladii voluerit significare Ulpianus, et in qua significatione sit accipiendum.

Postremo animadvertendum, est caute ab Ulpiano ita fuisse definitum merum imperium. Cum enim merum imperium aliquando latius pateat, aliquando contrahatur angustius; et in aliis magistratibus plura, in aliis pauciora genera animadversionum comprehendat; non poterant exacte, et verbis designantibus certa poenarum genera describi: ut puta: Prae- 20
ses Provinciae habebat merum imperium, *l. illicitas § qui universas ff. de off. Praes.* et tamen non poterat deportare. Contra Praefectus Praetorio, et Praefectus urbi, qui pariter habebant merum imperium, poterant etiam deportare. *l.* 21
inter poenas 6. *§.* 1. *ff. de interd. et releg. l.* 1. *§ deportatos cum seq. ff.*

de leg. 3. Quia, cum agitur de mero imperio, tantum quis habet, quantum ei specialiter datum est. Quamobrem, cum poena metalli, poena deportationis, et hujus generis aliae, non sint de substantia meri imperii, licet ad ipsum pertineant; non poterant nominatim in definitione comprehendi, sed utendum erat verbis, quae possent illas complecti, sed
22 necessario non comprehenderent. Cujusmodi sunt ea, quibus usus est Ulpianus. Nam gladius erat quidem insigne imperii, sed pro conditione magistratus, a quo gestabatur, majus, minusve imperium designabat. In Imperatore Regiam potestatem indicabat: in Praefecto Praetorio merum imperium, sed plenum: in Praesidibus idem imperium, sed non adeo plenum, et absolutum.

CAPUT II.

AD L. I. FF. DE OFFIC. EJUS, *cui mand. est jur.*

SUMMARIUM.

I. Sententia Lotarii, et Azonis, quoad merum imperium improbatur.
II. Magistratus habent merum imperium, non solum ejus usum.
III. Qui habet merum imperium, tum exercitionem publici judicii habet, tum executionem condemnationis.
IV. Quis esset judex quaestionis.
V. Magistratus potest reum absolvere, non poenam remittere condemnato.
VI. Princeps non habet merum imperium.
VII. Potestas regia eminenter continet jurisdictionem, merum, et mixtum imperium.
VIII. Comparatio Principis cum Deo, quoad imperium.
IX. Princeps dat merum imperium magistratibus, licet ipse illud non habeat.
X. Dominus non habet rei suae servitutem usus, vel ususfructus, et tamen illas alteri concedit.
XI. Princeps omnia facit jure regiae potestatis, non jurisdictionis, aut meri, et mixti imperii.

Succedit altera quaestio, de his qui habent merum imperium. Lotarius res-
1 pondit, solum Imperatorem habere merum imperium: Magistratus habere nudum ejus usum, et exercitium. Contra Azo respondit, etiam magistratus habere ipsum merum imperium, ipsam potestatem, ipsum jus gladii. Ego neutri assentior. Non Lotario, quia falsum puto, magistratus non habere merum imperium. Non Azoni, quia puto, solos magistratus habere merum imperium, non autem Imperatorem, aut Principem.

Sententia Lotarii facile refellitur animadvertendo, quod semper in jure nostro merum imperium refertur ad magistratus, iique dicuntur habere merum imperium, habere jus gladii, habere potestatem, quae nihil aliud est, quam me- 2
rum imperium. *l. imperium ff. de jurisdict.* Haec omnia magistratui tribuuntur in *l. 4. ff. de off. Praesid. in l. et ideo ff. de off. Procons. in l. 2. ff. de in jus voc. in l. lege Julia 7. et l. qui dolo 10. ff. ad leg. Jul. de vi publ. in l. 2. §. exactis ff. de orig. jur. in l. illicitas § qui universas ff. de offic. Praesidis in l. 12. et ult. ff. de offic. Procons. in l. 1. in princ. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* ibi *suam jurisdictionem*, et in §. 1. ibi *sed merum imperium, quod lege datur.* Contra nusquam in jure nostro traditum est, magistratus habere usum, aut exercitium meri imperii.

Non ignoro ea, quae traduntur in nostra *l. 1. princ.* ibi *et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici judicii habeant exercitionem, lege vel Senatuscons. delegatam.* In *l. sunt praeterea ff. de extraord. crimin.* ibi *sunt praeterea crimina, quae ad executionem Praesidis pertinent.* et in *l. sunt quaedam in fin. ff. eod. hanc rem Praesides exequi solent graviter usque ad poenam mortis.* et in *l. ult. C. ut nemo privatus.* ibi *executoresque hujus legis omnes judices esse oportere.*

Sed haec nullam vim habent ad probandam Lotarii sententiam: neque enim ibi nominatur usus, aut exercitium meri imperii: sed exercitium publici judicii. Et recte. Nam, qui habet merum impe- 3

rium, utique exercet publica judicia, et
publici judicii habet exercitionem. Quorsum enim ei datum est a lege jus gladii? An, ut eo utatur adversus eos, qui
judicati, et condemnati non sunt? Absit.
Abuteretur hac ratione mero imperio,
non legitime uteretur. Itaque merum imperium et continet exercitionem publici
judicii, et continet executionem condemnationis; et qui utrumque habet, utique habet merum imperium. Quamobrem
laudatae leges aperte demonstrant, magistratus habere merum imperium, cum
ipsis tribuant et judicii exercitionem, et
executionem poenae. Nec sine causa verbo exercitionis utitur Papinianus in laudata *l.* 1. *ff. h. t.* cum verbum illud ad
judicium referat, cujus propria est exercitio. *l. etiam* 15. *ff. ut legat. nom. caveat.* Et maxime convenit verbum hoc
publicis judiciis, quae proprie exerceri
dicuntur. *l. ordo* 8. *ff. de publ. judic.*
l. qui dolo 10. *ff. ad leg. Jul. de vi
publ. l. haec stipulatio ff. de V. S.*
Liv. *lib.* 9. *In me primum, et in
hunc M. Tullium quaestionis exarceatis.* Cicer. 3. *in Verr. Atque etiam judicium in Praetura publicum exercuit.*
Sveton. *in Jul. Caesare cap.* 11. *Atque
in exercenda de sicariis quaestione eos
quoque sicariorum numero habuit, qui
proscriptione ob relata civium Romanorum capita pecunias ex aerario acceperant, quamquam exceptos Corneliis
4 *legibus.* Haec autem exercitio quaestionis, seu publici judicii extra ordinem
lege, vel Senatuscons. delegabatur, isque,
cui delegata erat, judex quaestionis appellabatur. *l.* 2. §. *et quia ff. de orig.
jur. l.* 1. §. 1. *ff. ad l. Corn. de Sicar.* Et huc pertinet textus in *l* 7. §.
ult. ff. de offic. Procons. Et hoc notissimum est non ignaris antiquitatis.

Neque ex eo, quod Magistratus non possit liberare condemnatum, eique poenam remittere, argui potest, eum non habere merum imperium. Nam Magistratus non propterea, quod habeat merum imperium, idcirco est supra leges.
Magistratus enim est legum executor,
non eversor. *l. ult. C. ut nemo privat.*
Ideo recte Magistratus, *lex loquens* a
M. Tullio appellatur. Quapropter potest 5
quidem reos absolvere, *l. solent.* 6. *ff.
de offic. Procons.* non tamen potest remittere poenam condemnatis. *l.* 4. *in fin.
ff. de poen.* hoc enim facere potest solus Princeps, qui est supra leges. *l. acta.*
§. 1. *ff. de re judic.* nec tamen hac facultate, ac potestate abuti debet, sed
id ex causa facere. *d. l.* 4. *in fin. ff. de
poen.* Absolutio, sicut et condemnatio,
est legibus consentanea: ideo magistratui
committitur. *l. nemo qui condemnare ff.
de reg. jur.* Tertullian. *advers. Marcion. lib.* 4. *Qui enim judicat, absolvit.*
Remissio poenae, reorum jam condemnatorum liberatio, est contraria legibus,
et ideo soli Principi permissa.

Habent itaque Magistratus merum imperium, cum eis a lege datur. Merum
imperium habere etiam Principem, in
confesso est apud omnes. Ego vero, ut
dicam quod sentio, nusquam legi apud
veteres, Principem habere merum imperium. Est hoc proprium magistratuum, 6
quorum alii merum, alii mixtum imperium habent. Merum enim dicitur imperium, ut mixto opponatur, et ab eo
distinguatur: quod fieri non debet in
Principe, qui supremam, ac regiam habet potestatem, in qua haec omnia absorbentur. Jurisdictio, merum, ac mixtum imperium in Principe non distin- 7
guuntur, atque haec omnia idem sunt,
et uno regiae potestatis nomine, atque
auctoritate continentur, quae haec omnia
supereminet, atque, ut ita dicam, haec
omnia continet eminenter.

Deo similes sunt Principes, quos argute Plautus *humanos Joves* appellat, qui
tamen hominum more moriuntur. Tertullian. *ad Scapulam: Sic. Imperator* 8
omnibus major est, dum solo Deo minor est; et in *Apolog. contra gent.
Sciunt Imperatores, quis illis dederit*

imperium: sentiunt, Deum esse solum, in cujus solius potestate sunt, a quo sunt secundi, post quem primi ante omnes Deos, et super omnes homines. Et paulo post*: Temperans majestatem Caesaris infra Deum, magis illum commendo Deo, cui soli subjicio.* Deus creavit omnia, eisque communicat, quidquid ipsa sunt Deus autem nihil est eorum, quae creavit: et., quamvis ea nihil habeant, quod ab ipso non habeant, tamen in Deo nihil est eorum, quae ipsa habent: et nihilominus omnia comprehendit, et omnia infinitate sua supercmi-
9 net. Princeps creat Magistratus. *l. 1. ff. ad leg. Jul. de ambit.* Magistratibus, quos creavit, communicat imperium, in ipso tamen non residet ejusmodi imperium, cujusmodi est in Magistratu, sed suprema ac regia potestas, quae comprehendit quidem, et continet eminenter omnia jura magistratuum, ipsa tamen nihil est eorum, quae tribuit magistratibus. Jus magistratuum absorbetur in regia potestate, et non est amplius id ipsum, quod est, cum residet in magistratu.

Sed, ut aliquanto demittam orationem, et planius, explicem quod volo, a jure nostro depromamus exemplum. Dominus rei suae dominium habet, non
10 usum, aut usumfructum. *L. Sempronius Attalus in princ. ff. de usufr. legat. l. uti frui* 5. *in princ. ff. si ususfruct. petat. l. in re communi* 26. *ff. de servit. urban. praed.* Concedit tamen cuilibet rei suae usum, vel usumfructum: ipsique communicat jus utendi, fruendi, quod in Domino non distinguitur a jure dominii, quo absorbetur. Itaque Dominus in re sua facere potest ea omnia, quae usuarius, et usufructuarius et etiam multo plura: non tamen ea facit jure usus, vel ususfructus, sed jure dominii. Princeps quoque proprie non habet merum, aut mixtum imperium, aut jurisdictionem, qualem habent Magistratus. Tribuit tamen haec magistratibus, quae cum in ipso sunt, non distinguuntur a regia potestate, cui insunt ab ea minime sejuncta, atque distincta. Quare Princeps facere potest ea 11
omnia, quae sunt jurisdictionis, mixtique, ac meri imperii, quaeque possunt facere Magistratus: non tamen ea facit eàdem auctoritate, qua Magistratus, neque jure ejus imperii, quod habent Magistratus, sed jure suae potestatis, quae longe supereminet omnia jura magistratuum, eique tribuit facultatem faciendi alia multa, quae facere nequeunt Magistratus.

CAPUT III.

AD EAMD. LEG.

SUMMARIUM

I. Merum imperium mandari non potest.
II. Merum imperium nominatim a lege datur.
II. Refertur sententia Massinii de mandando mero imperio.
IV. Confutatur haec sententia.
V. Explicantur verba l. 1. ff. de off. ejus.
VI. Merum imperium nemo poterat habere nisi a populo, aut a Senatu.
VII. Imperium militare erat idem, ac merum imperium, et eodem modo dabatur.
VIII. Legibus Valeriis ademptum est Magistratibus merum imperium.
IX. Consules non habebant merum imperium post lege Valerias.
X. Dabatur ipsis aut lege curiata, aut Senatuscons.
XI. Dictator non habet merum imperium.
XII. A Dictatore ad populum provocabatur.
XIII. Dictator creatus, *ut optima lege*, habebat merum.
XIV. Imperium a Senatu.
XV. Dictatori aliquando imperium lege curiata dabatur.
XVI. Praefectus urbi habebat merum imperium.
XVII. Item Praefectus Praetorio.
XVIII. Item Procons. Praesides, Praetores provinciales.
XIX. Item Legati Caesaris.
XX. Item Legati consulares.
XXI. Item Praefecti quatuor a Constantino creati.
XXII. Praefectus Praetorio non poterat mandare merum imperium: refellitur argumentum Massinii.

Superest tertia quaestio de potestate 1
mandandi merum imperium. Merum imperium mandari non posse, satis constat

ex nostra *l.* 1. *in princ. versic. et ideo et in* §. 1. *versic. verius Verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire, l. solent* 6. *in princ. ff. de offic. Procons. l. nemo potest.* 10. *ff. de reg. jur.* Quod et evidens ratio suadet: nam ea, quae nominatim aliqua lege, vel Sena-
2 tuscons. vel Principum constitutione tribuuntur, mandari non possunt. *l.* 1. *in princ. ff. de offic. ejus.* hujusmodi autem est merum imperium. *d. l. in princ.* ibi *lege vel Senatuscons. delegatam:* et in §. 1. ibi *merum imperium, quod lege datur. d. l. solent, et d. l. nemo* ibi. *gladii potestatem sibi datum.*

Sed declamat Vir doctus, Philippus Massinius, qui ad explicationem nostrae legis primae magno conatu contendit probare, merum imperium natura sua po-
3 tuisse mandari etiam de jure civili. Putat enim merum imperium aliquando a lege dari; et, hoc non posse mandari, concedit: aliquando competere jure magistratus, ut Consulibus, Dictatori, Praefecto Praetorio Orientis, sub quo erant quinquaginta provinciae, quas administrare non potuisset, si non habuisset jus mandandi merum imperium. Id ipsum confirmat animadvertendo, quod prohibentur mandare merum imperium ii solum, qui habent illud a lege, vel Senatuscons. ut in modo laudatis legibus. Sunt igitur alii, qui illud a lege non habent, quique ipsum mandare non prohibentur.

Sed fallitur meo judicio: nam verba
4 illa, *a lege datum*, et hujus generis cetera, non adjiciuntur a veteribus, ut distinguatur merum imperium, quod datur a lege, a mero imperio, quod competit jure magistratus. Nusquam enim
5 in jure nostro fit mentio meri imperii, quod jure proprio, seu jure magistratus competat: unde promptum est conjicere, merum imperium numquam competere jure proprio. Quamobrem verba illa adjiciuntur tum ad demonstrandam naturam meri imperii, tum ad indicandam rationem, cur mandari non possit; tum denique, ut distinguatur a jurisdictione, quae competit jure magistratus; ut constat ex nostra *l.* 1. §. 1. ibi: *Verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire.* Comparat jurisdictionem cum mero imperio. Jurisdictio mandari potest more majorum, quia magistratus eam suo jure habet. *l. more majorum ff. de jurisd.* Contra imperium mandari non potest, quia a lege datur. Utrumque pronunciatum generale est: illud comprehendit omnem jurisdictionem magistratus: hoc omne merum imperium. Opponitur autem merum imperium jurisdictioni, quia illa competit magistratui jure proprio: hoc eidem competit, quia a lege datur: et ideo illa mandari potest: hoc non potest.

Verissimum enim est, neminem impe- 6
rium habere potuisse nisi a populo, aut a Senatu. *Cic. in* 2. *Agrar. contra Rullum: Hic autem Tribunus plebis, quia videbat, potestatem neminem injussu populi, aut plebis posse habere.* Et paulo post: *Vidit et perspexit, sine curiata lege decemviros habere potestatem non posse.* Et infra: *Tum ii decemviri, inquit,* (Rullus) *eodem jure sint, quo qui optima lege. Si hoc fieri potest, ut in hac Civitate, quae longe libertate coeteris antecellit, quisquam nullis comitiis imperium, aut potestatem consequi possit; quid attinet tertio capite legem curiatam ferri jubere, quoniam quarto permittas, ut sine lege curiata idem juris habeant, quod haberent, si optima lege a populo fuissent creati? Reges constituuntur, non decemviri, Quirites, iique ab his initiis fundamentisque nascuntur, ut non modo, cum gerere caeperint, sed etiam, cum constituentur, omne vestrum jus, potestas, libertasque tollatur.* Et deinde: *Pri-*

mum permittitur infinita potestas innumerabilis pecuniae conficiendae de vestris vectigalibus non fruendis, sed alienandis: deinde orbis terrarum, gentiumque omnium datur cognitio sine consilio, poena sine provocatione animadversio sine auxilio. En quod: si merum imperium cuiquam permittatur sine lege curiata, aut injussu populi, tollitur omne jus, potestas, libertasque Populi Romani. Quid autem sit optima lege creari magistratum, infra explicabo. Fest. *Cum imperio esse dicebatur, cui a populo nominatim mandatum erat imperium.* Liv. lib. 26. *Omnes centuriae Scipioni in Hispania imperium esse jusserunt.* Neque quisquam hoc referat ad imperium
7 militare. Erat enim ejusdem modi imperium. Ideo autem proficiscentibus ad bellum necesse erat mandari imperium, quia sine imperio, hoc est, sine potestate animadvertendi res militaris administrari non poterat. Cicer. *Philippic.* 5. *Demus igitur imperium Caesari, sine quo res militares administrari, teneri exercitus, bellum geri non potest.* et *Philipp.* 11. *Aut exercitus adimendus, aut imperium dandum fuit. Quae est enim ratio, aut qui potest fieri, ut sine imperio teneatur?* Certe si sine jussu populi nemo habere poterat imperium extra urbem Romam in provinciis apud exercitum, multo minus illud habere poterat aut exercere in urbe Roma, et ubi hoc non exigebat rei militaris necessitas.

Sancitum autem fuit hoc lege Valeria lata anno 304. ab Urbe condita, L. Va-
8 lerio, et M. Horatio Cons. Liv. *lib.* 3. *Aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum praesidium libertatis, Decemvirali potestate eversam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt; faciendo nova lege, ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet: qui creasset, eum jus fasque esset occidi: neve ea caedes capitalis noxae haberetur.* Tres hac de re leges latae fuerunt, omnes ab eadem familia. Prima exactis Regibus, ut a Consulibus ad populum provocatio esset: neve quis magistratus posset Civem Romanum provocantem verberare, aut necare. Hujus legis meminit Plutarch. *in Publicola.* Dionys. Halicarnas. *lib.* 5. Liv. *lib.* 2. Valer. Max. *lib.* 4. *cap.* 1. *et* Pomponius *in l.* 2. §. *exactis ff. de orig. jur.* Altera ejectis Decemviris, de qua modo diximus. Tertia lata est anno Urbis 453. M. Valerio Corvo V. Q. Apulejo Pansa Cons. de qua Liv. *lib.* 10. *M. Valerius Cons. de provocatione legem tulit, diligentius sanctam. Tertio ea tum post reges exactos lata est, semper a familia eadem. Caussam renovandae saepius haud aliam fuisse reor, quam quod plus paucorum opes, quam libertas plebis poterant;* et deinceps: *Valeria lex, cum eum, qui provocasset, virgis caedi, securique necari vetuisset: si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum, adjecit. Id. (qui tum pudor hominum erat.) visum credo vinculum satis validum legis: nunc vix servo ita minetur quisquam.* His legibus. Valeriis ademptum omnino merum imperium magistratibus.

De singulis jam videamus. Consules,
satis constat, non habuisse merum im- 9
perium, cum Valeriis legibus id ipsis fuisset ademptum, de quibus hactenus, et in *l.* 2. §. *exactis ff. de orig. jur.* Dabatur tamen aliquando ipsis vel a le-
ge, vel a Senatusconsulto. Lege curia- 10
ta, cum ad bellum proficiscebantur, ut norunt omnes vel leviter eruditi. Senatusconsult. cum in trepidis rebus, et difficillimis Reip. temporibus decernebat Senatus, *viderent Coss. ne quid Resp. detrimenti caperet.* Salust. *in bello Catilinar. Itaque, quod in atroci plerumque negotio solet, Senatus decrevit: darent operam Coss. ne quid Resp. detrimenti caperet. Ea potestas per Senatum more romano maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, omnibus modis socios, atque cives coer-*

cere: domi, militiaeque imperium, atque judicium summum habere. Aliter sine populi jussu nulli earum rerum Consuli jus est. Liv. *lib.* 3. Caes. *lib.* 1. *commentar. de bello civil.* Plutarch. *in Cicerone.* Dio *lib.* 37. Veget. *lib.* 3. *cap.* 1. *etc. passim* Cicero *in Philippicis.*

Veniamus ad Dictatorem, qui erat magistratus extraordinarius: quamobrem, etsi verum esset, eum potuisse mandare merum imperium, atque ipsum habuisse jure Magistratus; tamen non proinde dici posset, merum imperium sui natura potuisse mandari: hoc enim solum evenisset extra ordinem

Sed illud verissimum est, Dictatorem
11 non habuisse merum imperium jure pro-
prio, seu jure sui Magistratus: neque
enim semper habebat merum imperium,
sed tunc solum, cum creatus erat sine
provocatione, seu optima lege. Fest.
Pomp. *in verbo, optima lex: In Ma-
gistro populi faciendo, qui vulgo Di-
ctator appellatur, quam plenissimum
posset, jus esse significabatur, ut fuit
Manii Valerii, M. Fabii Vulusinae
12 gentis, qui primus Magister a populo
creatus est. Postquam vero provocatio
ab eo magistratu ad populum data est,
quae antea non erat, desitum est dici,
ut optima lege: utpote imminuto jure
priorum magistratuum.* Apud Livium,
lib. 8. *Cum L. Papirius Dictator Q.
Fabium Magistrum equitum ob spretum
Dictatoris imperium prehendi jussisset,
pater Q. Fabii ad populum provocavit.
Tribunos, inquit, plebis appello, et
provoco ad populum: eumque tibi fu-
gienti exercitus tui, fugienti senatus ju-
dicium, judicem fero, qui certe unus
plus, quam tua dictatura, potest, pol-
letque. Videro, cessurusne provocatio-
ni sis, cui Rex Romanus Tullus Ho-
stilius cessit. Ex curia in concionem
itur.* Cessit igitur provocationi Dictator:
non tamen populus ausus est absolvere
Q. Fabium, sed praecibus extorsit, et ab
ira Dictatoris eripuit.

Sed et, cum Dictator sine provoca-
tione creabatur, tamen imperium habe-
bat vel a Senatu, vel a populo. Non 13
creabatur a populo Dictator, sed jussu
Senatus ab altero Cons. dicebatur no-
ctu, et auspicato. Praecedebat igitur
jussus, ac decretum Senatus, qui Con-
suli mandabat, ut aliquem ex consulari-
bus Dictatorem diceret; isque, quem di-
xisset, ut *optima lege Magister populi
esset.* Quibus verbis Senatus mandabat
imperium ei, qui a Consule Dictator
fuisset dictus. Neque enim a Consule
auctoritatem, potestatemque accipere po-
terat, cum major esset Dictatoris, quam
Consulis potestas. Itaque verbis illis,
ut optima lege tribuebatur summa pote-
stas. Sic M. Tull. *Philipp.* 5. illis ver-
bis tribuit imperium Caesari: *Demus* 14
*igitur imperium Caesari, sine quo res
militaris administrari, teneri exercitus,
bellum geri non potest. Sic pro Prae-
tore eo jure, quo qui optimo. Et Phi-
lipp.* 11. *Senatui placere. C. Cassium
Procons. provinciam Syriam obtinere,
ut qui eam optimo jure provinciam ob-
tinuerit* Sunt verba Senatusconsulti,
quo Cassio datur imperium. Ideo autem
a Senatu, non a populo, Dictatori da-
batur imperium, quia, cum urgente ul-
tima necessitate, aut in salutis despera-
tione solerent ad supremum Dictatoris
auxilium confugere, plerumque tempus,
et occasio praeceps non permittebat, ut
possent haberi comitia. Qua de causa
factum est, ut nec a populo crearetur.
Sicut igitur Senatus turbidis Reip. tem-
poribus dabat imperium Consulibus illis
verbis: *viderent Consules, etc.* sic ali-
quando Dictatorem sic jubebat, eique
dabat imperium illis verbis: *ut optima
lege.* Videndus M. Tullius *in* 2. *Agrar.
loco paulo ante laudato.* Sed a lege 15
curiata datum fuisse Dictatori imperium,
accepimus a Livio lib. 9. *C. Julium Bu-
bulcum Magistrum equitum dixit:* (Pa-
pirius) *atque ei legem curiatam de im-
perio ferenti triste omen diem diffidit.*

Postero die repetitis auspiciis pertulit legem.

16 Eversa Rep. merum imperium habe-
bat Romae Praefectus Urbi. Sed hoc ei
datum fuit epistola D. Severi *l.* 1. §.
17 *initio ff. de off. Praef. Urbi. l. aut dam-
num.* 8. §. *praefecto ff. de paen.* Ha-
bebat Praefectus Praetorio, sed speciali-
ter ab Imperatore, qui eum gladio cin-
gebat, ut probavimus in superioribus.
Proconsules, Praesides provinciarum,
Praetores, quibus provinciae assignaban-
tur, stante Rep. imperium obtinebant
18 lege curiata. Post eversam Remp. ab
Imperatore, ut supra diximus ex Dione,
19 lib. 55. idem habebant legati Caesaris,
qui ad universas provincias regendas a
Caesare mittebantur. Dio *d. lib.* 55. De
quibus intelligendus text. in *l. excipiun-*
20 *tur* 14. *ff. de SC. Silanian.* Idem etiam
habebant legati Consulares, per quos a
Principibus bella administrabantur, quo-
rum persona honoratissima erat, et sa-
cerrima. Dionys. Halic. *lib.* 2. Dio *lib.*
52. Et ad hos referendus text. in *l. mi-
lites* 12. *ff. de custod. et exhib. reor.*
Quatuor quoque Praefectos Praetorio,
21 quos Constantinus primus creavit, eo-
rumque jus valde imminuit, ut refert
Zosimus lib. 2. merum imperium habuis-
se, non est dubitandum; sicut olim ha-
bebat Praefectus Praetorio, cum unicus
erat: non tamen eum mandare potuisse
merum imperium, usquam legimus: ne-
22 que conjicere possumus ex numero 49.
provinciarum, quibus praeerat: tum quia
hae provinciae suos Praesides, ac Pro-
consules habebant, quibus praeerat Prae-
fectus, et a quibus ad ipsum provocaba-
tur; *l. praecipimus* 32. *C. de appell.
l.* 3. *et* 4. *C. de off. Praef. Praet. Ori-
ent.* tum quia habebat Vicarios, qui non
minus juris habebant, quam Praesides;
l. 2. *C. de offic. ejus, qui vic. alic. jud.
obtin.* tum denique, quia poterant cu-
stodiarum cognitionem aliis mandare *l.
solent ff. de off. Procons.*

CAPUT IV.

AD L. I. ET L. ULT. FF.

De off. ejus, cui mand. est jurisd.

SUMMARIUM.

I. Jurisdictionis definitio.
II. Mixti imperii definitio, et unde dicator?
III. Jurisdictio et mixtum imperium separari non possunt.
IV. Quaestio proponitur.
V. Jurisdictio et mixtum imperium saepe in jure confunduntur.
VI. Differt jurisdictio a mixto imperio, sed tamen ab eo sejungi non potest.
VII. Probatur haec sententia.
VIII. Proponuntur argumenta contraria.
IX. Magistratus municipalis auctoritas quanta?
X. Explicatur, quam late pateat mixtum imperium, et quae coercitiones ad ipsum pertineant?
XI. Ratio, cur majores, non minores magistratos imperium habere; et cum imperio esse dicerentur.
XII. Qui magistratus imperium habere dicerentur?
XIII. Tribuni plebis sine imperio esse dicebantur: et qua de causa? n. 17.
XIV. Discrimen inter majores, et minores magistratus, et inter majora, et minora auspicia.
XV. Ratione majoris imperii non dicebatur major magistratus.
Consul habebat majus imperium, quam Praetor.
XVI. Magistratus, qui non habebant jus vocationis et prehensionis, cum imperio esse non dicebantur.
XVII. Quomodo nomen imperii sit accipiendum? Tribuni plebis habebant mixtum imperium.
XVIII. Ædiles, et minores magistratus, in jus vocari poterant.
XIX. Ædiles pignora capere, et multam dicere poterant.
XX. Ædilium potestas.
XXI. Quaestores habebant mixtum imperium: maximum eorum officium.
XXII. Praefectus vigilum, et Praefectus annonae habebant mixtum imperium.
XXIII. Non in omnibus municipiis et coloniis iidem magistratus.
XXIV. Magistratus municipales qui?
XXV. Magistratus municipales mixtum imperium habebant.
XXVI. Potestatis nomen indicat imperium.
XXVII. Potestas magistratus cum imperio.
XXVIII. Ædiles municipales in carcerem conjicere, et atrociter poterant verberare, et n. 30.
XXIX. Flagella, atrox coercitio.
XXX. Coercitio servorum.
XXXI. Poterant pignoribus captis coercere.
XXXII. Magistratus municipales videntur habuisse multae dictionem, et quomodo?
XXXIII. Magistratus urbani multae dictionem habebant more majorum.
XXXIV. Eam habebant ab initio Reip.
XXXV. Decuriones, susceptores, curatores calendarii, curatores annonae non erant magistratus.
XXXVI. Nomine magistratus saepe numero indicantur magistratus municipales.
XXXVII. Magistratus urbani more jurisdictionem habebant, provinciales lege et constitutionibus.

XXXVIII. Ædiles municipales mensuras frangere poterant.
XXXIX. Defensores civitatum, et juridicus Alexandriae.
XL. Habebant modicam coercitionem.
XLI. Imperii nomen non semper significat mixtum imperium. Quae dicantur esse magis imperii, quam jurisdictionis.
XLII. Quantum differat mulcta a poenali judicio, et quid utrumque sit?

1 Jurisdictio *est jus cognoscendi, statuendique in causis civilibus, quod ju-*
2 *re magistratus competit*: vel *est notio, quae competit jure magistratus.* Mixtum autem imperium *est potestas modice coercendi, cohaerens jurisdictioni, ad eam tuendam, atque explicandam comparata.* Cohaeret jurisdictioni mixtum imperium. *l.* 1. *in fin. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Inest jurisdictioni imperium. *l.* 3. *ff. de jurisd.* Et ideo *mixtum* appellatur, quia cohaeret, et miscetur jurisdictioni. Ita autem haec duo inter se apta, et connexa sunt, ut
3 separari non possint. Frustra enim magistratus caussam cognosceret, statueret, decerneret, juberet, si non posset exequi sententiam, et coercere reluctantes, ac jurisdictioni suae parere detrectantes. Itaque verissime Paulus in *l. ult.* §. *ult. ff. de offic. ejus* ait, sine modica coercitione nullam esse jurisdictionem. Etenim sine modica coercitione expediri, atque explicari non potest jurisdictio.
4 Quocirca inter doctissimos homines est magna dissensio, an sit ulla jurisdictio simplex, omnino sejuncta, ac separata a mixto imperio.

Enimvero distinguitur a jurisdictione
5 mixtum imperium. Et, licet in jure nostro propter inseparabilem conjunctionem, et quasi quandam individuam societatem, et nominum communicationem, alterum pro altero accipiatur, ut in *l. etsi praetor* 3. *ff. de off. ejus l.* 4. *ff. de jurisd.* juncta *l.* 1. *ff. de damn. infect. et l. cum praetor* §. *hi qui ff. de judic.* juncta *l.* 3. *in fin ff de jurisd.* et in *ead. l.* 3 juncto §. *sed eas Inst. tit. de bonor. possess. et l. ea, quae ff. ad municip.* juncta *l. ult. C. ubi et* 6
apud quem restit. tamen omnino diversa est a mixto imperio jurisdictio. Et quamvis Magistratus habeat utrumque, tamen aliquando exercet jurisdictionem, aliquando mixtum imperium: et quaedam facit vi jurisdictionis suae, in quibus non exercet imperium; veluti cum caussam cognoscit, decernit, sententiam dicit: quaedam facit vi imperii, ad quae facienda non sufficit jurisdictio: ut cum coercet contumaces. Quamobrem si omnes sponte parerent jurisdictioni magistratuum, non esset opus imperio. Sed cum saepe numero soleat evenire, ut multi parere detrectent, idcirco ne ludibrio sit et contemtui dignitas magistratuum, legum auctoritas, et ipsa jurisdictio, necesse fuit ipsi adjungere mixtum imperium, seu modicam coercitionem, qua quilibet magistratus tueri posset jurisdictionem suam. Quare non potest mixtum imperium a jurisdictione sejungi.

Ac miror, plerosque hac de re dubitare. Cui data est jurisdictio, concessa videntur ea omnia, sine quibus jurisdictio explicari non potest. *l.* 2. *ff. de ju-* 7
risd. Atqui sine modica coercitione non potest explicari jurisdictio. *l. ult.* §. *ult. ff. de offic. ejus.* Praeterea is, cui mandata est jurisdictio, habet mixtum imperium: *l.* 1. *in fin. et l. ult. in fin. ff. eod.* ergo ipsum multo magis habet magistratus. Nam plus juris habet magistratus, quam is, cui mandata est jurisdictio: hic enim jurisdictionem habet alieno beneficio, et alieno nomine eam exercet, et usum potius, et exercitium jurisdictionis habet, quam ipsam jurisdictionem: ille vero eam habet jure proprio, et quodammodo, ut ita dicam, habet ipsum dominium jurisdictionis. *l.* 3. *l. solet.* 16. *ff. de jurisd.* Quod et sic etiam concludi potest: Is, cui mandata est jurisdictio, vel habet mixtum imperium a se ipso, vel a mandante. Non a se ipso, quia nihil proprium habet: *l.* 1. §. 1. *l. etsi praetor* 3. *ff. de offic. ejus.*

l. solet. 16. *ff. de jurisd.* ergo a mandante. Non potest autem habere a mandante, nisi ipse mandans illud habuerit. *l. nemo plus juris. ff. de reg. jur.* Item, ideo transfertur mixtum imperium mandata jurisdictione, quia sine eo inutilis esset, ac nulla jurisdictio. *d. l. ult.* ergo multo magis eadem ratione mixtum imperium habere debet magistratus. Animadvertendum enim est, quod in *d. l. ult.* agitur de jurisdictione, mandata privato, cui multo minus necessaria est coercitio, quam magistratui; qui personam Reip. sustinet, et tueri debet dignitatem suam. Praeterquam quod mandatam jurisdictionem tueri posset ipse mandans, cujus nomine exercetur: jurisdictionem magistratus tueri potest tantummodo ipse magistratus, cum eam non alieno beneficio habeat, sed jure proprio, eamque suo nomine exerceat. Denique id adeo perspicue traditum est in *l. ult.* §. *ult. in fin. ff. de offic. ejus;* et in *c. pastoralis vis de offic. et potest. judic. deleg.* ut id in controversiam vocare nequeamus, nisi velimus tenebras offundere perspicuae veritati.

Duo sunt, quae interpretibus nostris imposuerunt: Primum, quod in *l.* 2.
8 *ff. de in jus vocand.* majores Magistratus, Consul, et Praetor imperium habere dicuntur. Contra vero minores Magistratus sine imperio esse, ait Ulpianus in *l. nec Magistratibus* 32. *ff. de injur.* Ac propterea existimarunt, majores magistratus a minoribus differre, quod illi soli haberent mixtum imperium

Alterum, quod in *l. ea quae ff. ad municip.* traditum est, a magistratibus municipalibus fieri non posse ea, quae ma-
9 gis imperii sunt, quam jurisdictionis. Non habebant igitur mixtum imperium. Itaque nec poenali judicio jurisdictionem suam defendere poterant *l.* 1. *in princ. ff. Si quis jus dicenti non obtemper.* Non possunt mulctam dicere. *l. aliud fraus.* 131. *ff. de V. S.* Non possunt in carcerem duci jubere *l. nec magistratibus* 32. *in fin. ff. de injur.* juncta *l.* 2. *ff. de in jus voc.*

Ut ex his laqueis nos exuamus, atque explicemus, animadvertere oportet, mixti imperii plures esse partes, nec omnibus magistratibus omnes partes tribui. Modica coercitio, quae ad mixtum imperium 10
pertinet, aliquando latius patet, aliquando contrahitur angustius. Cum latissime patet, haec fere comprehendit: pignora capere, mulctam dicere, corpus retinere, et vinculis coercere, et modice verberare. M. Tullius 3. de legib. *Magistratus nec obedientem et noxium civem mulcta, vinculis, verberibusque coercento.* Labeo in *l. sacrilegi* 9. *in fin.* alias *l. cum eo* 10. *ff. ad leg. Jul. pecul. Is, qui hoc imperio utitur exigeret, id est, pignus capiendo, corpus retinendo. l.* 2. *ff. de in jus voc. l. aliud fraus.* 131. *in fin. ff. de V. S.* Non omnes autem magistratus habebant plenissimam hanc coercendi potestatem: sed soli magistratus 11
majores, qui, ut plenam, et excellentem habebant jurisdictionem, ita plenum, et excellens habebant imperium. Minores Magistratus habebant et ipsi mixtum imperium, et aliquam coercitionem ad tuendam jurisdictionem suam: sed, sicut non habebant plenam, et excellentem jurisdictionem, ita non habebant plenum, et excellens imperium. Idcirco hi sine imperio esse dicebantur: quia cum illis comparati propemodum non videbantur imperium habere. Illi contra imperium habere dicebantur, cum imperio esse, imperio uti, pro imperio suo aliquid agere. *d. l.* 2. *ff. de in jus. voc. l.* 3. *ff. de off. ejus l.* 2. § *imperio ff. de adoption. l. cum Praetor.* §. 1. *ff. de judic. l. juris gentium* 7. §. *si paciscar ff. de pact. l. quod jussit* 14. *ff. de re judic.*

Sed haec ex annalibus, et ultima antiquitate sunt eruenda, et argumentis nihil dubii relinquentibus confirmanda. Varro omnium, quotquot umquam fuerunt, antiquitatis longe peritissimus, apud Gell. *lib.* 13. *cap.* 12. tollet omnem contro-

versiam his verbis: *In Magistratu habent alii vocationem, alii prehensionem, alii neutrum. Vocationem, ut Coss. et coeteri, qui habent imperium. Prehensionem, ut Tribuni plebis, et alii qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehensionem, ut Quaestores, et coeteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem et prehendere, et tenere, et ab-*
12 *ducere possunt.* Constat igitur, quod illi soli magistratus imperium habere dicebantur, qui habebant vocationem; hoc est, qui et vocare, et prehendere, et tenere, et abducere poterant. Haec enim erat maxima exercitio omnium, quae ad mixtum imperium pertinebant. Hinc, in *l.* 2. *ff. de in jus vocand.* rectedixit Ulpianus: *et coeteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et jubere in carcerem duci.* Imperium igitur habere dicuntur illi, qui possunt non solum coercere, sed etiam
13 in carcerem duci jubere. Neque hoc satis erat Romanae Reip. tempore. Nam Tribuni plebis, licet prehendere, et in carcerem conjicere possent, tamen sine imperio esse dicebantur, quia vocationem non habebant. Quare Antistius Labeo, a Tribuno pleb. per viatorem vocatus, non paruit: responditque, Tribunos non habere jus, neque se, neque alium quemquam in causa vocandi, cum moribus majorum Tribuni plebis prehensionem haberent, vocationem non haberent. Posse igitur eos venire, et prehendi se jubere, sed vocandi absentem jus non habere. Ulpianus tamen in laudata *leg.* 2. vocationis mentionem non facit, sed solum prehensionis, quia fortasse eo tempore sublatum erat discrimen inter vocationem, et prehensionem, cum tribunitiam potestatem usurpassent Imperatores. Certe Tacitus *lib.* 13. *Annal.* inter signa manentis adhuc imaginis Reip. refert a Senatu prohibitos Tribunos jus Praetorum, et Consulum praeripere, aut vocare ex Italia, cum quibus lege agi posset.

Neque olim majores Magistratus a minoribus differebant ratione imperii, sed ratione auspiciorum. Gell. *lib.* 13. *cap.* 15. ex Messalla augure: *Patriciorum auspicia in duas sunt potestates divisa. Maxima sunt Consulum, Praetorum, Censorum,* etc. *Reliquorum Magistratuum minora sunt auspicia. Ideo illi mino-* 14
res, hi majores magistratus appellantur. Majora autem ac minora auspicia dicebantur a majori, et minori templo. Templum dicebatur, teste Varrone, locus, in terris augurii, vel auspicii causa, quibusdam conceptis verbis finitus. Constat igitur, inter majores, et minores magistratus hoc fuisse discrimen, quod illi majoribus, hi minoribus auspiciis creabantur.

Enimvero non nego, majores Magi- 15
stratus majus imperium habuisse: sed hoc eos in diversa classe non constituebat. Nam Praetor erat major magistratus, sicut Consul, et tamen minus imperium habebat. Gell. loco laudato: *Quia imperium minus Praetor, majus habet Consul.* Justinianus noster in *novell. de Praetor. Pisidiae* ait, Praetores paulo minores esse Consulibus. Itaque Consules habebant duodecim lictores: Praetores vero tantummodo sex.

Ad rem redeamus. In jus vocari non poterant majores Magistratus, quia ipsi prehensionem habebant: et qui prehensionem habebat, in jus vocari non poterat. Minores autem Magistratus in jus 16
vocari poterant, quia jus vocationis, et prehensionis non habebant. Iterum Gell. *lib.* 13. *cap.* 13. ex libris M. Varronis: *Qui potestatem neque vocationis populi viritim habeant, neque prehensionis, eos Magistratus a privato in jus quoque vocari est potestas.* M. Laevinus, *Ædilis curulis, a privato ad Praetorem in jus est eductus.* Ex quibus apparet, tam in *leg.* 2. *ff. de in jus. voc* quam in *l. nec magistratibus* 31. *ff. de injur.* nomen imperii referendum esse ad hoc jus vocationis, et prehensionis, non vero ad

mixtum imperium, et modicam coercitionem.

Atque ut hoc uberius, et luculentius ostendamus, probandum est, minores Magistratus habuisse mixtum imperium, et modicam aliquam coercitionem, licet sine imperio esse dicerentur. Ordiamur a Tribunis plebis. Tribunos plebis sine im-
17 perio fuisse, tradit Appius Coss. apud Livium: et inter Magistratus, qui imperium non habent, recensentur a Gell. *d. lib.* 13. *cap.* 12. et fuisse minores Magistratus, nemo dubitat, adeo ut quidam dubitaverint, an magistratus essent. Sed Cicero, harum rerum peritissimus, Magistratus appellat. Et tamen hos habuisse mixtum imperium, et potuisse coercere contumaces, certissimum est. Nam et mulctam dicebant. Liv. *lib.* 2. *mulcta temperarunt Tribuni, cum capitis acquisissent: duo millia aeris damnato mulctam edixerunt.* Et *lib.* 35. refert a Rutilio Tribuno pleb. C. Claudium Pulcrum, et Tiberium Sempronium Gracchum Censores mulctatos fuisse. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Addidit L. Piso, designatus Cons. ne quid intra domum pro potestate animadverterent: neve mulctam ab iis dictam Quaestores aerarii in publicas tabulas ante quatuor menses referrent: medio temporis contradicere liceret, deque eo Consules statuerent.* Et in carcerem duci judebant, adeo ut nonnullos ex Consulibus in carcerem conjecerint, ut testatur Appian *lib.* 4. *bell. civil.* Et sane C. Curatius, Tribunus pleb. Publ. Scipionem Cos. in vincula conjecit, teste M. Tullio *lib.* 3. *de legib.* Metellus Cos. a L. Flacco, Trib. plebis, in vincula conjectus, teste Dione *lib.* 37. Praeterea P. Sempronius Appium Claudium Censorem, Trebonius, Catonem duci jussit. Igitur sine imperio esse dicebantur, non quia nullum haberent imperium; sed quia deerat ipsis aliquid ad summum imperium, nempe jus vocationis.

Veniamus ad AEdiles. Erant hi minores magistratus, et quidem paulo amplius, quam privati, ut de se ipso fatetur Cicero *action.* 2. *in Verr.* AEdiles potuisse in jus vocari auctoritate Varronis, et exemplo M. Laevini, AEdilis cu- 18
rulis, confirmat Gellius loco laudato. Itaque AEdiles recensendi sunt in numero eorum, qui sine imperio, et potestate esse dicuntur in *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injur.* Et tamen AEdiles habebant mixtum imperium, et modicam coercitionem.

Primum enim poterant pignora capere, et mulctam dicere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Cohibita arctius AEdilium potestas, statutumque, quantum curules, quantum plebeii pignoris caperent.* De mulcta Papinianus in *l.* 1. §. 1. *ff. de via public. et si quid in ea: Si autem non emundaverint, neque construxerint, mulctent eos.* Quo pertinet illud Taciti *l.* 3. *Annal. Fraude mancipum, et incuria magistratuum plurima per Italiam itinera interrupta.* Imo non solum AEdi- 19
les, sed etiam Curatores viarum mulctare poterant, iisque in dena millia mulcta permittebatur Senatusconsulto, quod extat apud Frontinum *lib.* 2. *de aquaeduct.* Liv. *lib.* 10. *refert,* Cn. et Q. Ogulnios, AEdiles curules, mulctatis bonis foeneratorum, aenea in Capitolio limina, et trium mensarum argentea vasa posuisse in cella Jovis. Et *ab AEdilibus plebeiis, L. Paeto, et C. Fulvio Curvo ex mulctaticia pecunia, quam exegerunt pecuariis damnatis, ludi facti, et aurea ad Caesaris posita.* Et rursus: *Damnati ab AEdilibus, quia plus, quam quod lege finitum erat, agri possiderent.* Id. *lib.* 48. refert, frumentarios pecunia ab AEdilibus damnatos ob annonam compressam. Gell. *lib.* 10. *cap.* 6. *Appii Caeci filiae, quod locuta esset petulantius, AEdiles plebis mulctam dixerunt aeris gravis* xxv. *millia.*

Sed et aliis modis coercebant noxios cives. Nam et iniquas mensuras frangebant. *l. item quaeritur* 13. §. *si quis.*

mensuras ff. locat. Et concidere poterant, si quid in via publica positum esset impedimento. *l. lectos* 12. *ff. de pe-*
20 *ric. et comm. rei vend.* Et merces improbas jactabant. Eleganter Plaut. in *Rudente*:

Ita solet Neptunus: quamvis fastidiosus AEdilis est.
Si quae improbae sunt merces, jactat omnes.

Sed et gravius aliquando coercebant. Liv. *lib.* 35. *AEdiles plebis aliquot matronas accusarunt, quasdam ex eis damnatas in exilium egerunt.* Probabile tamen est, hoc non propria auctoritate effecisse.

Supersunt Quaestores, qui erant infimi Romae Magistratus, et primus ad honores ascensus. *l.* 1. *ff. de offic. Quaestor.* Hos etiam modicam coercitionem
21 habuisse, non est ambigendum. Neque enim potuissent exigere vectigalia, et publicam pecuniam, si non habuissent jus coercendi contumaces, argumento text. in *l. sacrilegi* 9. *in fin. ff. ad leg. Jul. peculat. in l. vectigalia* 10. *in fin. ff. de publican.* Tac. *lib.* 13. *Annal Helvidius Priscus, Tribunus pleb. adversus Obultronium Sabinum, aerarii Quaestorem, contentiones proprias exercuit, tamquam jus hastae adversus inopes inclementer ageret.* Capiebant igitur Quaestores pignora a pauperibus, qui non solvebant, et sub hasta vendebant. De Balbo Quaestore multa infanda narrat Ciceroni Asinius Pollio inter ejus Epistolas 32. *lib.* 10. Sed hic non erat Quaestor urbanus, et potestate magistratus abutebatur. Plane cum Augustus aerarii militaris curam tribuit Praetorii, (quos Tacitus Praetores aerarii vocat, Quaestoribus subrogatos) duos eis lictores dedit, et alios ministros. Testatur tamen Dio *lib.* 55. sua aetate ab Imperatore legi solitos, nec lictores habere. In locum Quaestorum successerunt Praefecti aerario: Gell. *lib.* 13. *cap.* 23. *in fin.* Tacit. *lib.* 13. *Annal.* quorum officium maximum erat. Plin. *Panegyr. ad Trajan. Nondum biennium complevimus in officio laboriosissimo, et maximo, cum tu nobis consulatum obtulisti,* et *epist.* 10. *lib.* 1. *Distringor officio, ut maximo, sic molestissimo: sedeo pro tribunali, subnoto libellos* etc. *agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere, et exercere justitiam.* Tacit. *lib.* 13. *Annal. Tunc Claudius Quaestores rursus imposuit, iisque, ne metu offensionum segnius consulerent, extra ordinem honores permisit. Sed deerat robur aetatis eum primum magistratum capessentibus. Igitur Nero Praetura perfunctos, et experientia probatos delegit.* Vides hoc maximum officium fuisse, et omni ratione quaesitam huic magistratui auctoritatem. Quapropter inepte quis dubitaverit, hunc magistratum habuisse mixtum imperium, praesertim quia gravissimas controversias, caussasque judicabat. *l. edicto l. Senatus. l. Arrianus ff. de jure fisci l. cum quidam ff. de his, quae ut indign. l.* 4. §. *si bona ff. de fideic. libert. l. cum hi* 8. §. *transactiones ff. de transaction.*

De Magistratibus quoque extraordinariis dubitandum non est: ut de Praefe-
cto vigilum constat ex *l.* 3. *ff. de off.* 22
Praef. vigil. ex *l. cum servus* 15. *ff. de condict. caus. dat.* De Praefecto annonae ex *l. mulierem* 15. *ff. de accusat.* et ex iis, quae supra diximus de AEdilibus.

Hactenus de Magistratibus urbanis, Supersunt Magistratus municipales, qui secundo loco opponuntur, quasi mixtum
imperium non haberent. Ego tamen con- 23
trarium verius puto, quod ut evidenter demonstrem, praemittendum est, non in omnibus municipiis, et coloniis eosdem fuisse magistratus, sed alibi alios.

Ubique fere locorum magistratum gerebant Duumviri, qui ad similitudinem Consulum constituebantur. Quamobrem horum saepissime mentio fit in jure nostro, ut in *l. fin. C. de judic. in l.* 1.

ff. de alb. scrib. l. honores 7. §. *is qui. ff. de decret. ab ord. fac. l.* 1. §. *ult. ff. de mag. conv. l.* 3. §. *ult. ff. de pe-*
24 *cul. l. item eorum* §. 1. *ff. quod cujusque universitatis l.* 1. *ff. si quis jus dic. non obtemp. l. injuriarum* §. *idem Labeo ff. de injur. l. ult. ff. ad municip. l. in honorariis* §. *ult. ff. de action. et oblig. et passim.* Alicubi tamen erant Quatuorviri, ad quos Alexander Imperator mittit rescriptum in *l. unic. C. de solut. et liberat. debitor. civit lib.* 11. Cicer. *Epist.* 32. *lib.* 10. *Quatuorviratum sibi prorogavit.*

Plures alios magistratus nominat Spartian. in Hadriano: *In Etruria Praeturam Imperator egit. Per Latina oppida Dictator, et AEdilis, et Duumvir fuit. Apud Neapolim Demarchus: in patria sua Quinquennalis: et item Adriae Quinquennalis, quasi in alia patria: et Athenis Archon fuit.*

Alexandriae loco Duumvirorum erat Juridicus, de quo in *tit. C. de offic. Jurid Alexan.* et alibi passim.

In plerisque tamen municipiis magistratum gerebant aut Duumviri, aut AEdiles. Cic. *lib.* 13. *epist.* 11. *Constituendi municipii causa hoc anno AEdilem filium meum fieri volui*, etc. *Is enim magistratus in nostro municipio, nec alius ullus creari solet.* Et AEdilium saepe mentio apud veteres. Tusculi tamen Consul creabatur. Sidicini, et Ferenti Quaestor.

Sed hi Magistratus non tam potestate, quam nomine inter se discrepabant. Etsi enim non omnium una eademque esset potestas, et auctoritas; tamen cum omnes suae civitati praeessent, et ad eos summa rerum rediret; sine imperio, et coercendi potestate esse non poterant.
25 Itaque imperii habebant insignia. Apul. *lib.* 1. *Milesiar. Nam et lixas, et virgas, et habitum prorsus Magistratui convenientem in te video. Annonam curamus, ait, et AEdiles gerimus.* Cic. *in orat. in Rullum.: Nam primum, cum coeteris in coloniis Duumviri appellentur; hi se Praetores appellari volebant. Deinde anteibant lictores non cum bacillis, sed ut hic Praetoribus anteunt, cum fascibus duobus.* Irridet Campanam superbiam. Hoc tamen postea Duumviris concessum. Petronius de Sexviro Augustali: *Et quod praecipue miratus sum, in postibus triclinii fasces erant cum securibus fixi.* Theodosius in *l. duumvirum C. de decur. Duumvirum impune non liceat extollere potestatem fascium extra metas territorii propriae civitatis.* Quorsum lixae ac lictores, si non habet vocationem aut prebensionem? Certe Magistratus, qui neque vocationem, neque prebensionem habebant, nec lictorem, nec viatorem habebant. Quorsum fasces, si non potest castigare, et verberare? Quorsum prohibetur extollere extra metas territorii, si non sunt insigne imperii? Et animadvertendum est, Imperatorem non nominare fasces; sed potestatem fascium. Potestatis nomen in- 26
dicat imperium. *l.* 1. *ff. si quis jus dic. non obtemper. l.* 2. *et* 3. *ff. ne vis fiat ei l.* 3. *ff. de jurisd. l. nemo potest ff. de reg. jur.* Recte igitur Juvenalis hos Magistratus appellavit *Potestates.*

An Fidenarum, Gabiorumque esse 27
Potestas. Potestates autem sunt magistratus, qui habent Imperium. *l. fidejussor.* 26. *in princ. ff. de pignor. l. quid sit fugitivus* §. *pen. ff. de aedil. edict.* Cic. 3. *de legib. Si par, majorve potestas, populusve prohibescit.* Ascon Pedian. *in* 4. *in Verr. Romae appellari Tribuni possunt contra omnem potestatem.* Sveton. *in Caesar. Quod compellari apud se majorem potestatem passus esset.* Et *in Claudio: Jurisdictionem de fideicommissis in perpetuum, atque etiam per provincias Potestatibus delegavit.* Et sane ita se res habebat: nam hi magistratus habebant potestatem in vincula conjiciendi, et verberandi. Vellej. Paterc. *lib.* 2. XIX. *Marius injecto in collum loro, in carcerem Minturnensium jussu*

28 *Duumviri perductus est. In Act. Apo-
stol. cap.* 16. traditum est D. Paulum,
et Silam a Magistratibus Philippensium
in vincula conjectos, et virgis caesos
fuisse. Callistratus in *l. eos* 12. *ff. de
Decurion. Sed ne quidem arceantur ho-
noribus, qui ab AEdilibus flagellis cae-
si sunt: quanquam jure suo ita AEdi-
les officio isto fungantur: inhonestum
tamen puto esse, hujusmodi poenas fla-
gellorum ictibus subjectas in ordinem
recipi.* Erat enim atrox coercitio flagel-
29 lorum verberatio *l. Sed sicut in fin. ff.
de usufr. l. Praetor edixit §. praete-
rea ff. de injur. l. sed si hac lege §.
pen. ff. de in jus vocand.* Si igitur
AEdiles habebant potestatem atrociter ver-
berandi, multo magis poterant modice
coercere: hoc enim jus atrociter verbe-
randi nec legatus quidem Proconsulis
habebat. *l. Si quid erit ff. de offic.
Procons.*

Illud notius est, Magistratus munici-
pales habuisse potestatem coercendi ser-
vos, eosque in vincula conjiciendi. *l. Si
quis uxori §. qui fugitivum ff. de furt.*
et castigandi l. *Magistratibus* 12. *ff. de
30 jurisd. l. item apud Labeonem §. unde,*
9. *ff. de injur.*

Poterant et pignora capere *l. quemad-
modum* 29. §. *Magistratus ff. ad leg.
31 Aquil.* Et captis pignoribus tutores coer-
cebant, et ad satisdandum compellebant.
l. 3. §. 1. *ff. de reb. eor.* §. *quibus Instit.
tit. de satisd. tutor.*

De mulcta major esse potest contro-
versia. Sed non absurde tentari potest,
etiam mulctam dicere potuisse; ex *l.
aliud fraus* 151. *in fin. ff. de V. S.* Ibi:
*Mulctam dicere potest is, cui judicatio
32 data est. Magistratus solos, et praesi-
des provinciarum posse mulctam dicere
mandatis permissum est.* Tria hic gene-
ra personarum continentur. Primum il-
li, quibus judicatio data est. Hi sunt
Magistratus urbani, *l.* 2. §. *ult. ff. de
judic.* qui eam non habebant specialiter
permissu Principis, sed Consules eam
habuerunt ab initio: alii vero Magistra-
tus a lege, lata a Coss. A. Aterino et
Sp. Tarpeio, ut refert Dionys. Halicarn.
lib. 10. Secundo loco nominantur Ma-
gistratus: tertio Praesides. Qui sunt isti
Magistratus? nempe Magistratus muni-
cipales, quibus mandatis Principum spe-
cialiter mulctae dictio permissa fuit. Qui-
dam interpretantur id de Magistratibus
urbanis. Huic interpretationi multa re-
pugnant. Primum, quod Magistratus ur-
bani continentur in verbis antecedenti-
bus, ut diximus. Praeterea, quia op-
ponuntur inter se illi, qui habent mul-
ctae dictionem ea de causa, quia illis
judicatio publice data est, illis, quibus
id specialiter permissum est. *l.* 2. *in fin.
ff. de judic.* Ergo in hac lege nomine
Magistratuum non possunt intelligi Ma-
gistratus urbani: nam illi ideo mulctam
dicere possunt, quia ipsis publice judi-
cium est, seu judicatio data est: hi ve- 33
ro ideo, quia mandatis Principum id
permissum est. Denique Magistratus ur-
bani non habebant mulctae dictionem,
ex mandatis Principum, sed more majo- 34
rum, teste *Gell. lib.* 1. *cap.* 1. Eam e-
nim habebant etiam ante Imperatores:
mulctae enim mentio fit etiam in legibus
Valerii Publicolae, primi Consulis. Vide
Plutarch. in ejus vita: et tantum abest,
ut ispsis data fuerit ab Imperatoribus,
quin potius ab ipsis cohibita fuit, et cer-
tus modus constitutus, quem praetergre-
di non poterant: ut de AEdilibus tam
curulibus, quam plebis supra probavimus
auctoritate Cornelii Taciti.

Contra, quod nomen magistratus in
lege nostra referendum sit ad Magistra-
tus municipales, haec suadere videntur.
Primum, quod ait, *Magistratus solos.*
Frustra apposita esset adjectio illa *solos*,
si referretur ad urbanos: cum enim di-
xerit, eos habere mulctae dictionem,
quibus judicatio data est, utique hi sunt
soli magistratus. Cum igitur post urba- 35
nos progredi vellet ad provinciales, sta-
tuit solos Magistratus, et Praesides pos-

se mulctam dicere, ut excluderet Decuriones, Susceptores, Curatores calendarii, Curatores annonae, Syndicos, et alia officia municipalia, quae non erant magistratus, et ideo mulctam dicere non poterant. Praeterea magistratus nomine saepenumero Magistratus municipales intelliguntur in jure nostro. Extat in Pandectis titulus de Magistratibus conveniendis. Sunt autem hi Magistratus muni-
36 cipales: nam Praetor, et Praefectus ea de causa conveniri non poterant *l.* 1. §. *neque praetor ff. de Magist conven.* Praesertim quoties agitur de rescripto, ac mandato Principis, quia Magistratibus provincialibus rescribere solebant; *l. ult. ff. de tutor. et curat. dat.* aut quoties nomen Magistratus conjungitur cum nomine Praesidis, ne conjungantur duo
37 diversi generis. *l.* 1. §. *Si Praeses ff. de Magistr. conven. l. tutores ff. de confirm. tutor.* Denique jurisdictionem, ac potestatem, quam Magistratus urbani more obtinebant, Magistratus provinciales habebant a lege et constitutionibus. *l. cum Praetor.* §. 1. *ff. de judic. l. sed etsi* §. *ait Praetor. ff. ex quibus caus. maj.* juncta *l. pars. litterarum* 48. *ff. de judic.* Itaque cum hic agatur de potestate, competente ex mandatis Principum, dubio procul ea referenda est potius ad Magistratus, qui erant in provinciis, quam ad eos, qui Romae erant.

Sed utcumque sit, etiamsi Magistratibus municipalibus non fuisset permissum mulctam dicere, tamen aliis modis coercere poterant, ut demonstravimus.
38 Quibus addimus, quod sicut AEdiles urbani poterant frangere mensuras iniquas, ita id permissum AEdilibus municipiorum. Pers. Satyr. 3.

> *Fregerit heminas Arreti AEdilis iniquas.*

Juven. Satyr. 10.

> ——— *Vasa minora.*
> *Frangere pannosus vacuis AEdilis Ulubris.*

Sed et Defensores civitatum, qui erant minores Magistratus, quam Duumviri, tamen poterant coercere. *l. neminem* 11. *C. de episcop. audient. Authent. de de-* 39
fensor. civit. §. *audient. Audient vero leviora crimina, et castigationi competenti tradent.* En coercitio modica.

De Juridico Alexandriae dubitari non potest, cum majorem potestatem haberet, quam Duumviri, quia hi ab ordine Decurionum, ille a Caesare eligebatur, et ideo maximam in judiciis potestatem habebat, ut ait Strabo *lib.* 17. *Geo-* 40
graph. Ubi etiam notat omnes causas eum judicasse, quod non licebat Duumviris.

Constat igitur, etiam Magistratus municipales habuisse mixtum imperium. Quamobrem nullius momenti sunt, quae contra opponuntur. In *l. ea quae ff. ad municipal.* recte ait JC. *ea, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis, fieri non posse a Magistratibus municipalibus.* Etenim ea dicuntur esse magis imperii, quam jurisdictionis, quae peraguntur apud Magistratus, qui cum imperio sunt: hoc est apud majores Magistratus, penes quos legis actio est, et imperium. Imperii nomen non semper 41
significat mixtum Imperium: veteres enim cum Imperium mixtum significare volunt, solent id proferre cum adjuncto. Quemadmodum igitur supra probavimus, imperii nomen significat majorem potestatem, summum jus, excellentem jurisdictionem, quam habent majores Magistratus, ut in *l. etsi* 3. *ff. de. offic. ejus l. cum Praetor* §. 1. *ff. de judic. l.* 3. *in fin. ff. de recept. arbitr. l.* 3. *ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* et aliis supra laudatis. In *l. ea quae ff. ad municip.* imperii nomen non potest significare modicam coercitionem, quia restitutio in integrum, praetoria stipulatio, et hujus generis reliqua, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis. *d. l. ea quae* §. 1. *et l. jubere* 4. *ff. de jurisdict.* non pertinent ad coercetionem contumacis. Pertinent tamen ad excel-

lentem jurisdictionem, et eminentem potestatem, quam habent magistratus, qui cum imperio sunt: et ideo dicuntur esse magis imperii, quam jurisdictionis. Spectant enim ad eum magistratum, qui habet imperium, non ad eum, qui habet jurisdictionem, et sine imperio est Qui autem magistratus cum imperio, et qui sine imperio esse dicantur, supra expositum est satis luculente.

In *l.* 1. *ff. Si quis jus dic. non obtemper.* non agitur de mulcta, sed de
42 poenali judicio. Aliud est mulcta: aliud
paenale judicium, ut adnotantur omnes eruditi. Mulctam dicit Magistratus contra contumacem, non obtemperantem suae jurisdictioni, et exigitur a Magistratu ipso, et fisco vindicatur. *l. ult. C. de mod. mulct.* Poenale judicium est actio, quae datur litiganti, hoc est, ei, cujus interest non fuisse obtemperatum jus dicenti, ad vindicandam contemptam majestatem Magistratus; et ejus imperium: neque enim datur contra eum, qui quandocumque detrectavit parere magistratui, ejusque jurisdictioni, sed solum contra eum, qui contempsit ejus imperium in fine jurisdictionis: hoc est, qui reluctatus est imperio, et coercitioni magistratus. Neque statuitur pro arbitrio magistratus, sed condemnatur contumax actori, quanti ea res est. *d. l.* 1. *ff. si quis jus. dic.* Plura non addo: doctissime enim, ac luculentissime haec exponuntur a Duar. disput. *lib.* 1. *cap.* 50. *Bellon. de mand. jurisd. c.* 8. *quaest* 19. Illud tantum dico: mulctam dici ad tuendam jurisdictionem: hoc judicium potius dari ad tuendum mixtum imperium: ideo facilius mulctae dictio conceditur; quia jurisdictio nulla est sine modica coercitione *l. ult. in fin. ff. de offic. ejus, etc.*

CAPUT V.

AD L. IN PRIVATIS 77.

ff. de Judic.

SUMMARIUM.

I. Proponuntur duae leges, quae contrarias putantur.
II. Negotium quid significet in jure?
III. Judicia privata, et publica, quae?
IV. Pater filium, et filius patrem judicem habere potest in privatis, non in publicis judiciis.
V. Majus periculum imminet patre judicante in causa filii, quam eo jus dicente.
VI. Judicandi, sicut juris dicundi, officium publicum est.
VII. Quoad jus publicum, filius non sequitur jus patriae potestatis.
VIII. Filius potest arbitre esse de re patris.
IX. Arbiter conventione litigantium eligitur.
X. Judices ex consensu dabantur.
XI. Praetor judices seligebat, at in albo nomina eorum scribebat, et jurabat se optimum quemqua seligere. n. 12.
XII. Judicia interdum penes Senatum, interdum penes Ordinem equestrem, interdum penes utrumque fuere.
XIII. Litigantes judicem non seligebant, sed datum rejicere poterant. et n. 16.
XIV. Si actor judicem ferret, reus refugere poterat, et ejerara sibi iniquum esse.
XV. Si non refugiebat, judex ex consensu datus dicebatur.
XVI. Nec in refugiendo necesse erat causam addere.
XVII. Non poterat rejici judicio jam inchoato.
XVIII. In causis criminalibus quomodo liceret judicem rejicere.
XIX. Sibi imputara debet, qui judicem accepit patrem, aut filium, cum posset rejicara.

In *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de ju-*
risd. omn. jud. ait Ulpianus: *Qui ju-* 1
risdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet. Contra Africanus in *l. in privatis* 77. *ff. de judic. In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.*

Contraria existimantur haec duo responsa, sed non sunt. Primum autem disputant interpretes, quae sint privata negotia. Privata negotia sunt privatae controversiae, de quibus privata judicia pe-
raguntur. Negotium enim pro quaestio- 2
ne, controversia, lite, saepenumero usurpatur in jure nostro, ut in *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisc.* in *l.* eumdem

16. §. 1. *ff. de legation.* Hinc negotium facere alicui dicitur, qui eum litibus vexat. *l.* 1. *ff. de calumniat. l.* 5. *ff. de obsequiis parent. l.* 6. *C. de testib.*

Privata igitur negotia sunt privatae controversiae: unde et privata judicia dicuntur, in quibus illae agitantur. Cicer. *lib.* 1. *de Oratore. Nam volare in foro: haerere in Praetorum tribunalibus: judicia privata magnarum rerum obire.* Et in *Topic. Privata judicia maximarum quidem rerum in Jureconsultorum mihi videntur esse prudentia.* Gell. *lib.*
3 14. *cap.* 2. *Quo primum tempore a Praetoribus lectus sum in judices, ut judicia, quae appellantur privata, susciperem.* Judicia igitur privata erant, in quibus Praetor judicem dabat, in quibus privata negotia disceptabantur. Ratione muneris, et ratione judicantis omne judicium publicum est. *l. quippe* 78. *ff. de judic. l.* 2. *ff. de reg. jur.* Ratione negotii, et controversiae, de qua disceptatur, alia sunt judicia privata, alia publica. §. *publicorum Instit. tit. de public. judic.* Igitur in privatis judiciis pater fi-
4 lium, vel filius patrem judicem habere potest: non in publicis, in quibus de capite, aut existimatione alicujus quaeritur. Esset enim inhumanum, et omnino non tolerandum, filium a Patre, aut Patrem a filio torqueri, catenis vinciri, verberibus subjici, supplicio affici, ut notant Graeci interpretes.

His expositis, superest alia quaestio explicanda. Quid rei sit, cur Pater in causa filii, filius in causa Patris judex esse possit, non possit autem jus dicere. Non sunt haec contraria. Aliud enim est judicare, aliud jus dicere, ut norunt omnes. *l. voluit* 4. §. *ult. ff. de interrogation. l. quidam* 57. *ff. de re judic. rubric. C. ne quis in sua caus. jud. vel jus dicat.* Sed tamen, si Patri non permittitur jus dicere in causa filii, quid est, quod judicare pariter non prohibetur?
5 Majus enim periculum imminere videtur, si judicet, quam si jus dicat. Nec nodum solvit Paulus in *l. quippe* 78 *ff. de judic.* ubi eam rationem affert: quia 6
judicandi munus publicum est. Hoc enim solum efficit, ut in judicando nulla debeat haberi ratio patriae potestatis; nec filius, et pater pro una, eademque persona sint habendi, quemadmodum considerantur in iis, quae ad jus privatorum pertinent, *l. ult. in fin. C. de impub. et al. substit. l. cum scimus* 12. *in fin. C. de agric. et censit. lib.* 11. quod et in actionibus exercendis obtinet. *l. ne cum filiofam.* 76. *ff. de furt.* Facit text. in *l.* 2. *in princ. ff. quar. rer. act. non det.* In iis autem, quae ad jus publicum per- 7
tinent, filius non sequitur jus patriae potestatis, *l. nam quod* 14. *ff. ad SC. Trebell.* et loco patrisfam. habetur. *l. Filiusfam.* 9. *ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. item eorum* 6. *ff. quod cujusque universit. l.* 2. *ff. de muner. et honor.* Romani enim potiorem voluerunt esse causam Reip. quam patriae potestatis. *l. honor.* 14 §. *plebeii ff. de muner. et hon. l. postliminium* 19. §. *filius quoque ff. de capt. et postlim.* Antiquius enim est, ut patriae quis nascatur, cui nati sunt et ipsi parentes. *l.* 1. §. *et generaliter ff. de ventr. in poss. mittend.* Coeterum haec scrupulum non evellunt, quia etiam juris dicendi munus publicum est, *l. ille a quo* 13. *in fin. cum seq. ff. ad SC. Trebell.* et tamen Pater filio jus dicere non debet. *l. qui jurisdictioni ff. de jurisd.*

Puto rationem eruendam esse ex *l. quin etiam* 6. *ff. de recept. arbitr. Quin* 8
etiam de re Patris dicitur filiumfam. arbitrum esse: nam et judicem eum esse posse plerisque placet Quae verba mutuatus est Gratian. *in c.* 2. §. *filius.* 3. *quaest.* 7. Comparantur hic arbiter ex compromisso, et judex. Non dubitatur autem, filium in causa patris ideo arbitrum esse posse, quia arbiter conventione, consensuque utriusque litigantis eligitur, sibique debet imputare, qui con- 9
sentit in patrem, aut filium. *l. diem* §.



stari ff. de recept. arbitr. Igitur eadem ratio urgeat in judice, necesse est, quoniam alterum alteri exemplum praestat, et ab altero ad alterum ducitur argumentum.

Et sane ita se res habet. Cicer. *in orat. pro Cluent. Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima, esse judicem, nisi*
10 *qui inter adversarios convenisset.* Valer. Max. *lib.* 2. *cap.* 8. *Itaque judex. inter eos convenit Attilius Calatinus, apud quem Valerius in hunc modum egit.* Sed ne quis credat, judices electos fuisse a litigantibus sicut arbitri ex compromisso eligebantur, adeo ut in his nullae essent partes Praetoris, *l.* 3. §. *tametsi ff. de rec. arbit.* tota res accuratius est explicanda.

Praetor judices seligebat, qui de privatis negotiis judicarent. Gell. *lib.* 14. *cap.* 2. *Quo primum tempore a Praetoribus lectus sum in judices, ut judicia, quae appellantur privata, suscipe-*
11 *rem.* Eorum nomina describebat in albo. Senec. *lib.* 3. *de benefic. cap.* 7. *Ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit.* Aliquando enim judicia fuerunt penes Senatores, plerumque penes Equites, aliquando penes utrosque.
12 Ex his autem Praetor judices legere debebat. Damnat hoc Plin. *lib.* 14. *cap.* 1. *Posteris laxitas mundi, et rerum amplitudo damno fuit, postquam Senator censu legi coeptus, judex fieri censu.* Jurabat autem Praetor se optimum quemque seligere. Cic. *pro Cluent. Deinde Praetores urbani, qui jurati debent optimum quemque in selectos judices referre.*

Litigantes judicium, et judicem a Praetore postulabant. *l. Si quis cum ff. com-*
13 *mun. divid.* Ascon. *Cum in rem aliquam agerent litigatores, judicem poscebant* Cic. *pro Caecin. Caepit Scandilius recuperatores, aut judicem postulare.* Praetor, quem volebat, ex selectis judicem addicebat. Neque enim Praetor permittebat actori certum aliquem judicem sumere, sed solum concedebat, ut rejiceret. Quo pertinet illud Ciceronis 3. *in Verr. Si mehercule ex omni copia conventus Syracusani, splendidissimorum, honestissimorumque hominum faceres potestatem oratori non modo rejiciendi, sed etiam sumendi recuperatores: tamen hoc novum genus injuriae ferre nemo posset, te, cum tuos omnes fructus publicano tradidisses, et rem de manibus amisisses, tum bona tua repetere, ac persequi lite, atque judicio.* Huc etiam puto pertinere formulam illam in addicendo judice, quam refert Fest. *in verb. procum. Si alium procas, nive eum procas: procare enim est poscere.* Non poterat enim Praetor judicem addicere, quem altera pars nominatim petiisset. *l. observandum ff. de judic.*

Verum enimvero solebat aliquando actor, qui in jus vocabat reum, aut qui provocabat, reo judicem ferre. Liv. *lib.* 8. *Eumque tibi exercitu, Senatusque judicium fugienti, judicem fero. Et lib.* 9. *Quem tibi tuarum irarum, quem meorum suppliciorum judicem feram.* 14
Poterat tamen reus refugere, et rejicere judicem, quem ferebat actor. Cic. *pro Q. Rosc. Quem si ferrem judicem, refugere non deberet, quomodo testem productum reprehendere auderet?* Id. 12. *de Orator. Cum ei M. Flaccus, multis probris objectis, P. Mucium judicem tulisset, Ejero, inquit, iniquus est: Cum esset admurmuratum, Ah! inquit, P. C. non ego illum mihi iniquum ejero, verum omnibus.* Qui judicem rejiciebat, iniquum sibi ejerabat: non quod eum iniquum aut injustum esse diceret, sed quod aequo jure apud eum disceptare non posset. Cic. *de petit. consulat. Vocem audivimus jurantis, se Ro-*

mae judicio aequo cum homine Graeco certare non posse.

15 Quod si reus non refugeret judicem, quem ferebat actor, sed in eum consentiret, Praetor eum judicem addicebat, isque ex consensu datus, et ex conventione litigatorum addictus dicebatur. Atque ita intelligenda. *l. Si in judicis* 80. *ff. de judic. l. ex consensu* 23. *ff. de appellat. l. quidam consulebat* 57 *ff. de re judic.* Debebat tamen convenire judex unus, ex selectis in albo descriptus. Quo alludit Plin. *in Praefat. Quid te judicem facis? cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te sciebam, quam ut descensurum huc putarem.*

Si vero judex non convenisset: nempe si aut actor judicem non ferebat, aut reus eum sibi iniquum ejerabat: tunc Praetor, quem volebat, ex albo judicem dabat. Licebat tamen litigantibus eum rejicere, et ejerare. Cic. 5. *in Verr. Scandilius postulare de conventu recuperatores. Tum iste negat se de existimatione sua cuiquam, nisi suis commis-*
16 *surum. Negotiatores putant esse turpe, id forum sibi iniquum ejerare, ubi negotientur. Praetor provinciam totam sibi iniquam ejerat.* Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Licet rejicere, licet exclamare: hunc nolo.* et infra: *Liberum est autem disceptanti dicere: nolo eum eligere: neque enim ullam necessitatem muneribus tuis addis.* Et alludit etiam in *Praefat. Praeterea est quaedam publica etiam eruditorum rejectio.* Nec puto necessarium fuisse causam addere: satis enim erat sibi iniquum ejerare. Nec obstat text.
17 in *l. pariter* 9. *ff. de liber. caus.* Nam ibi judicium erat jam coeptum: itaque sine causa non poterat illud evitare, qui eo inchoato supervenerat.

18 In causis etiam criminalibus fiebat sortitio, deinde rejectio: mox subsortitio, ut luculente Ascon. Pedian. *in* 2. *in Verr.* Lex autem Cornelia prohibebat amplius, quam tres judices, rejicere, teste Cicerone *in* 2. *in Verr.* Sed haec ad nos non pertinent.

Jam concludamus. Cum judex invito non daretur, sibi imputare debet, si quis judicem in causa filii Patrem accepit. Et ideo JC. in *l. quin etiam* 6. *ff. de re-* 19
cept. arbitr. ducit argumentum a judice ad arbitrum: non multum enim hac in re differunt. Magistratus autem jus dicit etiam in invitum, et quidem sine spe restitutionis. *l. sed etsi* 26. §. *ait Praetor ff. ex quib. caus. major.* Judicis autem dati sententia appellatione rescinditur. *l. ult. ff. quis et a quo appell.*

CAPUT VI.

Ad §. Praetorum Instit. tit. de jur. nat. gent. et civil.

SUMMARIUM.

I. Lex populi jussum, nec nisi a populo condi poterat.
II. Quidquid a populo decernebatur, lex dicebatur.
III. Legem ferebant Consul, Praetor Dictator, Interrex.
IV. Leges pleraeque consulares: paucae praetoriae, et quae?
V. Praetor aliquando in provinciis ex SC. leges dabat.
VI. Exemplum Edicti Praetorii, legis auctoritatem habentis.
VII. Praetor juris custos, non conditor et n. 10. et 12.
VIII. Praetor potest jus constituere, non legem condere.
IX. Praetor legislator: explicatur n. 10. et 12. quomodo intelligendum?
X. Praetor bello praeerat, bellum gerebat, populus indicebat.
XI. Initio Reip. tam Consules, quam Dictator Praetores appellabantur.
XII. Legislator, qui legem fert, et rogat, etiamsi non sanciat.
XIII. Nomothetae apud Graecos, qui?
XIV. Legislatores etiam Jurisconsulti appellantur.
XV. Theophilus explicatur.
XVI. Edictum Praetoris lex annua.
XVII. Atheniensium Senatuscons. annua.
XVIII. Edictum translatitium.
XIX. Aliquando Praetores aliter, atque edixerant, decernebant.
XX. Alter Praetor poterat intercedere, et alterius iniquitati occurrere.
XXI. Lex Cornelia quid prohiberet?
XXII. Nova edicta post legem Corneliam. et n. 23. et 24.
XXIV. Actiones post legem Corneliam introductae.
XXV. Senatusconsultum factum ad coercendos Prætores.
XXVI. Explicatur Asconius, Praetorum edicta alia perpetua, alia temporaria.

XXVII. Quaestiones perpetuae, quae?
XXVIII. Edicta temporaria, quae?
XXIX. Edictum perpetuum et immutabile ab Adriano.
XXX. Edictum post Adrianum lex est in genere: non in specie. et n. 31.
XXXII. Vim legis non habet.
XXXIII. Etiam hodie ex edicto non haereditas, sed bonorum possessio defertur.
XXXIV. Etiam hodie valent ipso jure obligationes, quae a Praetore impugnantur.
XXXV. Justinianus naturam et vim singularum juris partium non mutavit.

De Praetoris jurisdictione, atque auctoritate in jure condendo pauca delibabo, de qua in §. *Praetorum Institut. tit. de jure nat. et gent. et civil.* Hac de re disputant interpretes nostri *ad rubr. C. qui admitti*, reique non admodum obscurae densissimas tenebras offundunt. Primum disputant, an Praetor posset legem condere per prius: deinceps, an posset legem condere per posterius. Inventis his vocibus absonis, et incultis, rem satis expeditam mirum in modum involverunt.

Solum populum Romanum potuisse legem condere, satis constat inter omnes, vel leviter eruditos. Operam perdat, qui
1 hoc probare contendat. Ipsa legis definitio id demonstrat, a legislatore nostro tradita in §. *lex. est Institit. tit. de jure natur. gent. et civ. Auctor ad Heren. lib.* 2. *Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est. A.* Gell. *lib.* 10 *cap.* 20. ex Atejo Capitone; *Lex est generale jussum populi, aut plebis, rogante magistratu.* Boet, *in* Topic. *Lex est, quam Populus centuriatis comitiis sciverit.* Fest. Pomp. *in Verbo* rogatio: *Quod in omnes homines, resve
2 populus scivit, lex est.* Adeo autem legis proprium est populi jussum, ut, quidquid per comitia populus jussisset, lex a veteribus appellaretur. Itaque etiam privilegia leges appellabantur. Exempla apud veteres passim occurrunt, et testatur Gell. *lib.* 10 *cap.* 20. Bellum quoque lege juberi dicebatur, ut passim apud Livium: et legem ferre dicebatur, qui reum ad populi judicium vocabat: et adoptiones lege fiebant. Cic. *pro domo sua si quod in coeteris legibus trinundinum esse oportet, id in adoptione satis est trium esse horarum, nihil reprehendo.* et reliqua. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Dio *lib.* 39 *et lib.* 45.

Solus igitur populus legem condebat. Praetor autem legem ferre poterat, et populum rogare. Id solummodo permissum majoribus Magistratibus, nec tamen omnibus. Quatuor tantum magistratus 3
legem ferre poterant: duo ordinarii, Consul, et Praetor: duo item extraordinarii, Dictator, et Interrex. Itaque Praetor legem ferebat, proponebat, promulgabat: populus condebat: Praetor populum rogabat: populus sciscebat. Praetor legi nomen, populus vim, et auctoritatem dabat. Dio *lib.* 37. Τῷ δὲ στρατηγῷ, τῷ ἐσενεγκόντι αὐτόν, ἀχθόμενοι οἱ βουλευταί, (ὁ γὰρ Μέτελλος ὁ Νέπως ἦν) ἠθέλησαν τό τε ὄνομα αὐτοῦ ἀπαλεῖψαι ἀπὸ τοῦ νόμου, καὶ ἕτερον ἀντεγγράψαι. *Praetori autem, legem ferenti, infensi Senatores, (erat enim is Metellus Nepos,) voluerunt et nomen ejus legi detrahere, et aliud inscribere.* Cic. *in* Rull. *Hic Tribunus plebis lege curiata, quam Praetor ferat, adimit intercedenti potestatem.* Quamquam autem legi vim, et auctoritatem populus tribueret; tamen, quod lege sancitum erat, is qui tulerat, statuisse dicebatur. Flor. *Epitom.* 97. *Judicia quoque per M. Aurelium Cottam Praetorem ad Equites Romanos translata sunt.* Factum est id lege Aurelia de judiciis, a M. Aurelio Cotta Praetore lata. Ascon. Pedian. *Cotta lege sua judicia inter tres ordines communicavit, Senatores, Equites, Tribunos AErarios.* Vell. Paterc. *lib.* 2. 32. *Per idem tempus Cotta judicandi munus, quod C. Gracchus ereptum Senatui ad Equites, Sulla ab illis ad Senatum transtulerant, aequaliter inter utrumque ordinem partitus est.*

Pleraeque autem leges erant Consulares, paucae admodum Praetoriae: cujus- 4
modi fuerunt lex Caecilia, a Q. Caeci-

lio Metello, lex Aurelia, a C. Aurelio Cotta; lex Cassia, a Q. Cassio; lex Fusia de comitiis, a Q. Fusio Caleno, Praetoribus latae.

5 Aliquando tamen Praetores in provinciis auctoritate a Senatu accepta leges condiderunt, Cic. *lib.* 2. *in Verr. Halesini, cum haberent inter se controversias de senatu cooptando, leges a senatu nostro petiverunt. Decrevit senatus honorifico senatuscons. ut his C. Claudius, Appii filius, Pulcher, Praetor, de senatu cooptando leges conscriberet.* et paulo infra: *Agrigentini de senatu cooptando Scipionis leges antiquas habent.* Et rursus: *Nam eo quoque colonos P. Rupilius deduxit, legesque similes de cooptando senatu, ac de numero veterum, ac novorum dedit.* At hoc factum solummodo in provinciis: et hae leges potius Populi, ac Senatus, quam Praetoris esse videbantur. *Id.* Cic. *Quas enim leges sociis, amicisque dat is, qui habet imperium a populo Rom. auctoritatem legum dandarum a senatu; hae debent et populi R. et senatus existimari.*

6 Romae quoque Marius Gratidianus Praetor de re nummaria e Rostris edixit. Hoc edictum a Plinio lex appellatur. *In lib.* 33. *cap.* 9. *in fin. Igitur ars facta denarios probare, tam jucunda lege plebi, ut Mario Gratidiano vicatim totas statuas dicaverit.* Sed hoc non fuit proprie edictum Praetorium, sed a tribunis plebis, adhibito collegio Praetorum communi consensu conscriptum. Et cum constituissent, ut omnes simul in rostra post meridiem conscenderent, Marius, ut collegia, et Tribunis plebis gratiam popularem praeriperet, recta conscendit in rostra, et, quod communiter compositum fuit, solus edixit. Et tanto populi consensu, atque approbatione fuit exceptum, ut omnibus vicis statuae factae fuerint. Cic. *lib.* 3. *de offic.* Accessit igitur Populi auctoritas, et totius collegii Praetorum, et Tribunorum plebis consensus, neque illud edictum sola Gratidiani Praetoris auctoritate nitebatur.

7 Non poterat igitur Praetor legem condere. Quapropter Cicero, qui suas leges Reip. Rom. accommodavit, eum juris civilis custodem facit, non conditorem: *Qui privata judicet, judicarive jubeat, Praetor esto: juris civilis custos esto.* Contrarium tamen innuere videtur Historicus: *Penes quem Magistratum omnis publici, privatique juris potestas esset, ut et novum jus constituere, et vetera abrogare facultas esset.*

Sed animadvertendum est, aliud esse legem condere, aliud jus constituere. Juris nomen comprehendit etiam Praetoria edicta, quae jus praetorium, seu jus honorarium appellabantur. *l.* 2. §. *eodem tempore ff. de orig. jur. l. jus autem civile* §. *ult. ff. de just. et jur. l. jus pluribus ff. eod.* §. *constat autem Instit. tit. de jure nat. gent. et civil.* Potest Praetor jus constituere, et abrogare: legem condere, et abrogare non potest. 8
l. cum sponsus §. *si res tali ff. de Public. in rem action. l. non est ambigendum in fin. ff. de bonor possess. l.* 1. §. *sed si Praetor ff. de fer.* Juris nomen latissime patet, praesertim apud veteres rerum Romanarum scriptores, qui haec minus accurate distinguunt prae Jurisconsultis Cic. *in Topic. definit Jus civile, quod ex legibus, Senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.* Auctor ad Heren. *Constat igitur jus ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicato, aequo et bono, pacto.* Lex autem pars, seu species juris est. §. *constat autem Instit. tit. de jure nat. gent. et civil. l. jus autem ff. de justit. et jur.* Quod Praetor possit jus constituere, non inde efficitur, posse legem condere. Leo potest generare animal, non tamen potest generare hominem.

Sed Historici testimonium niti, et confirmari videtur auctoritate Justiniani, qui

Praetoribus non solum juris, sed legum etiam potestatem tribuit, eosque Legumlatores appellat. *In novell.* 24. *de Prae-*
9 *side Pisid. in praefat.* ait, veteres Romanos Praetoribus armorum juxta, ac legum potestatem fecisse et paulo post: Ἐπιτρέψαντες τε αὐτοῖς καὶ τὰ πολιτικὰ διοικεῖν, καὶ τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν. *Concedentes ipsis et rem publicam administrare, et leges scribere.* Et in *novell.* 25. *de Praetor. Lycaon: in praefat.* ait, veteres Romanos suos Imperatores appellasse Praetores, eisque potestatem dedisse, ut exercitus ducerent. Καὶ τοῖς ἀπ᾽ αὐτοῦ γραφομένοις ἐπείθοντο νόμοις. *et scriptis ab ipso legibus obtemperabant.* et in *novell.* 26. *de Praetor. Thrac: cap.* 1. *Nam si Praetor Romanorum, Imperator simul, et Legislator, hunc locum tenuit in suo Magistratu.* Στρατηγὸς ὁμοῦ καὶ νομοθέτης.

Respondetur, quod, cum Imperator Justinianus in eadem persona, eodemque magistratu conjungere vellet tum rei bellicae, tum juris civilis administrationem, voluit confirmare hanc Constitutionem exemplo Romanae Reip. quae tum Consulibus olim, tum Praetoribus provinciarum postea utrumque concessit. Itaque ea omnia referenda sunt non ad potestatem condendae legis, sed ad potestatem juris dicendi. Ea enim est mens Justiniani, qui exemplum veterum Romanorum sequi volens, nihil aliud Praetori concedit, quam ut jus dicat. Ha-
10 bebant in Romana Rep. Praetores armorum juxta, ac legum potestatem. Eamdem nimirum potestatem habebant, quoad arma, quam habebant, quoad leges. Atqui arma quidem tractare poterant, et bella gerere, non tamen poterant bellum indicere. Jussu populi bellum gerebant. Populus lege curiata imperium deferebat Imperatori, ut posset bellum gerere. Ipse bellum jussu populi administrabat, prout Reip. putabat expedire. Sic poterant quidem leges a populo conditas tractare, supplere, corrigere, mitigare, adjuvare: *l. jus autem civile* §. 1. *ff. de justit. et jur.* non tamen poterant leges condere. Sicut bello praeerant, tamquam imperatores; ita legibus praeerant, tamquam Praetores. *d. novell.* 24. *cap.* 1. ibi: ἡγεῖσθαι, καὶ προβεβλῆσθαι τῶν νόμων. Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat. Praetor dictus, qui praeiret jure, et exercitu.* Sicut autem belli inferendi jus non habebant injussu populi, ita nec legis condendae. Quare Justinianus non dixit, eos potuisse leges sancire, aut condere; *sed ea, quae ad leges pertinent, scribere.* Τὰ περὶ τῶν νόμων γράφειν Haec omnia idem significant habere legum potestatem, posse ea, quae ad leges pertinent, scribere: esse vivam vocem juris civilis, *l. nam et ipsum ff. de just. et jur.* posse leges adjuvare, supplere, corrigere. *l. jus autem* §. 1. *ff. eod.*

At enim Romani legibus a Praetore scriptis parebant. *d. novell.* 25. *cap.* 1. Hoc vero dictum est de Consulibus, ac Dictatoribus, de quibus ibi agit Justinianus, qui omnes initio Reip. Rom. Praetores appellabantur: Illi dicti sunt Praetores: hic Praetor maximus appellabatur.
Liv. *lib.* 3. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. Zonar. 11
tom. 2. Varr. *lib.* 2. *de vita pop. Rom. apud Non. in voce* consulum. Fest. *in voce* Praetoria. M. Tullius, *lib.* 3. *de legib.* Et hoc significat Justinianus in *d. Nov.* 25. *in praef.* ubi ait, Praetoris nomen etiam ante Consules fuisse.

Verum quia nec Consules condendae legis potestatem habebant, idcirco dicendum est, Justinianum loqui de illis legibus, quas Consules ferebant, popu-
lumque rogabant. Quemadmodum et in 12
novell. 24. *in praefat.* eadem de re agens ait: Καὶ πολὺς νόμος ἐκ τῆς τῶν πραιτώρων ἐξεχύθη φωνῆς, *et multae leges voce Praetoris ferebantur.* Et huc quoque referenda sunt illa verba *novell.* 26. ubi Praetorem Legislatorem appellat. Ferebat enim Legem Praetor, et ideo Legislator dici potest, ut initio diximus. Cic. *orat.* 4. *in Catilin. Ipsum Latorem legis Semproniae jussu populi poenas Reip. dependisse. Ad Attic. lib.* 1.

epist. 11. *Piso autem Consul, lator rogationis, idem erat dissuasor.* Praetor νομοθέτης *nomotheta* appellatur a Justiniano. Nomothetae a Graecis dicebantur etiam illi, qui legem condere non po-
13 terant. Pollux: Νομοθέται δὲ ἦσαν χίλιοι, οἷς ἐξῆν λῦσαι παλαιὸν νόμον, ἀλλ' οὐ θεῖναι νέον: τὰς γὰρ νέας ἐδοκίμαζεν ἡ βουλὴ, καὶ ὁ δῆμος, καὶ τὰ δικαστήρια. *Nomothetae erant mille, quibus veterem legem tollere licebat, non autem novam condere: novas enim leges probat Senatus, populus, et Magistratus.* Et Ulpian. *in* 3. *Olynthiac.* duo genera nomothetarum recenset, alterum eorum, qui novas leges ferebant, alterum eorum, qui cognoscebant, an ullae essent leges inter se contrariae, ut ea de re ad populum referretur.

Atque haec nomina, etiamsi minus convenirent Praetoribus, tamen apud Justinianum toleranda essent, qui minus accurate plerumque loquitur, et qui etiam
41 Jurisconsultos Legislatores appellat. *l.* 2. §. *ne autem incognitum et l.* 3 §. *sed et hoc optimum C. de veter. jur. enucl.*

Postremo pro Historici auctoritate pugnare videtur Theophilus, qui ait datum fuisse jus legis ferendae praecipue Praetori urbano, et peregrino, et AEdilibus curulibus, idque jus honorarium dictum.

15 Sed confundit Theophilus jus legis ferendae cum potestate edicendi. Legem ferre poterat Praetor, non AEdiles. Edictum proponebat non solum Praetor, sed etiam AEdiles. Jus honorarium non componebant leges, a Praetore latae: nam hae erant leges Populi, non jus Praetorium, aut honorarium, jus honorarium constabat edictis, tum Praetoriis, tum AEdiliis. §. *Praetorum quoque Instit. tit. de jur nat. gent. et civ.* Utrumque confundit Theophilus, et, cum sciret Praetorem habuisse jus ferendae legis, hoc jus accomodavit edictis, cum sit valde diversum. Nisi dicamus, eum leges vocasse edicta: nam et Censorum edicta leges censoriae dicebantur. Cic. 3. *de divin. et* 1. *in Verr. et in orat. pro Cluent.*

Jam vero videmus, an Praetor posset legem condere per posterius. Occurrit hic amphibolia in illis verbis, *per posterius.* Si quaerimus, an Praetor posset legem condere accedente populi approbatione, hoc est, legem ad populum ferre; nulla controversia est, ut initio exposuimus. Sed tunc a populo, non a Praetore erat legis auctoritas.

Si vero quaerimus, an edicta Praetoris vim legis haberent, populo approbante, inutilis prope quaestio est. Numquam enim id factum legim; nisi quis huc referat edictum Gratidiani Praetoris, de quo modo disseruimus. Cic. *in action.* 3. 16
in Verr. ait, eos, qui plurimum tribuebant edicto, ipsum dixisse legem annuam. Et rursus: *Si finem edicto afferunt calendae Januariae, cur non initium quoque edicti nascitur a calendis Januariis? an in eum annum progredi nemo poterit, quo Praetor alius futurus est; in illum, quo Praetor alius fuit, regreditur?* Edictum igitur Praetoris unius anni finibus circumscribebatur, et ideo constat ipsum non populi auctoritate,
sed solius Praetoris annui Magistratus 17
innixum fuisse. Exemplum ab Atheniensibus. Demosthen. *in oration. adversus Aristocrat.* Ὁ νόμος δὲ ἐπέτεια κελεύει τὰ τῆς βουλῆς εἶναι ψηφίσματα. *Lex jubet Senatusconsulta annua esse.* Tamdiu enim praerat Senatus Quingentorum. Ulpian. ad hunc locum. Ἀλλ' ἃ μὲν ἡ βουλὴ ἐκύρου χωρὶς τοῦ δήμου, ἕως ἦρχεν, ἐπεκράτει, καὶ ἦν οὕτως ἐπέτεια. Τὰ δὲ ὑπὸ τοῦ δήμου γιγνόμενα, καὶ πλείονα ἔμενε χρόνον. *Quae a Senatu sine populo decreta erant, vim obtinebant quamdiu Senatus Reip. praeerat, et erant revera annua: quae vero a populo fiebant, longius tempus durabant.*

Verumtamen cum edicta Praetorum aequitate niterentur, quam semper prae oculis in edicendo Praetores habebant, novi Praetores nihil omnino, aut admodum

pauca de vetere edicto mutabant, et corrigebant. Quo fiebat, ut, cum quaedam, imo pleraque in omnibus edictis diu proposita fuissent, vetustate invalescerent, et vim consuetudinis obtinerent. Cic. *de*
18 *invent. lib.* 2. *In ea autem* (consuetudine) *jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem: quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae Praetores edicere consueverunt.* Et hoc dicebatur edictum translatitium, quia semper de vetere in novum edictum transferebatur, Cicer. *lib.* 1. *in Verr. Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. Quare hoc sit aequissimum, facile est docere: sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, et hoc vetus edictum, translatitiumque esse. Et lib.* 5. *ad Attic. ep.* 21. *Interim cum ego in edicto translatitio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario. Et lib.* 6. *epist. de reliquo jure dicundo* ἄγραφον *reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum.* Certa enim erant, et usitata edicta de judicibus dandis, de actionibus, de exceptionibus, et hujus generis reliquis.

Multi tamen, et inter eos quidam viri docti, putant lege Cornelia, lata a Cornelio Balbo, Tribuno plebis, adem-
19 ptam fuisse Praetoribus potestatem mutandi, et corrigendi vetus edictum. Ex eo tempore fuisse semper unum, idemque edictum omnium Praetorum; et cum perpetuum esset, et immutabile, vim legis obtinuisse. Lata fuit haec lex Acilio, et Pisone Coss. anno urbis 687. Sed falluntur meo judicio. Res autem ita se habet.

Improbi, atque ambitiosi Praetores vel ad cogendam pecuniam, vel ad captandam gratiam primum non omnia edicto complectebantur, ut possent pro arbitrio jus dicere, et novum edictum proponere. Praeterea aliquando non observabant edictum propositum, et aliter, atque ut edixerant, decernebant. Haec omnia reprehendit M. Tullius in Verrem *lib.* 1. *in Verr. Appellat haeredem L. Anneum, qui erat institutus secundum filiam, dicit, se posse ei condonare edicto haereditatem.* Et rursus: *Nam quaeso redite in memoriam, judices quae libido istius in jure dicendo fuerit, quae varietas decretorum, quae nundinatio, quam inanes domus eorum omnium, qui de jure Civili consuli solent.* Et iterum: *Tum vero in Magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos Codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit: quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset.* Nota hic alterum 20
Praetorem intercedere potuisse, et occurrere iniquitati Praetoris Urbani. Ascon. in 3. *Verrin.* 101. *Nam. ex ipso negotio videtur edixisse Verres, ut omnis libertus non Patrono tantum, sed Patroni filiae sextam relinquat haereditatis.*

Hanc edictorum iniquitatem, et improbitatem Praetorum plebiscito Cornelius Balbus compressit, de quo Dio Cass. *lib.* 36. *Praetores quomodo jus dicturi essent, conscriptum in albo proponebant, sed neque omnia comprehendebant, quae ad contractus pertinent, neque id semel faciebant; neque ea, quae scripta proposuerant, observabant: atque id plerumque, ut usu venire solet, in gratiam, vel odium alicujus faciebant. Igitur rogationem tulit, ut statim suscepto magistratu edicerent, quomodo jus dicturi essent, neque ab his, quae edixissent, recederent.* Non prohi- 21
betur hac lege Praetor suum edictum proponere: sed cogitur proponere initio magistratus, et prohibetur ab edicto proposito recedere, ipsum mutare. Ascon. Pedian. *in argumento orat. pro Cornel. de Majest. Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Praeto-*

res ex edictis suis perpetuis jus dicerent: quae res tum gratiam ambitiosis Praetoribus, qui variae jus dicere solebant, sustulit. Jus dicere coegit ex edictis suis, nempe ex edictis quae ipsi initio Magistratus proposuissent: idque ad praecludendam viam ambitiosis Praetoribus jus varie dicendi. Igitur haec lex sustulit eam variationem, ac nundinationem decretorum, quam loco modo laudato M. Tullius acriter insectatur. Itaque idem Cicero, cum non multis post hanc legem latam annis in Cilicia Procons. esset, de se ipso narrat Attico *ep.* 21. *lib.* 5. *Interim cum ego in edicto translatio centesimas me observaturum habere, cum anatocismo anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas. Quid ais, inquam, possumne contra meum edictum? et lib.* 6. *epist.* 1. *Metui, si impetrasset, ne tu ipse me amare desineres: nam ab edicto meo recessissem.* Animadvertendum, quod semper suum edictum dicit; erat enim a se propositum, a quo tamen recedere non poterat. Etenim lex Cornelia non prohibebat proprium edictum proponere, et a vetere edicto recedere, sed recedere a proprio edicto.

Itaque Cicero in edicto hoc suo in quibusdam recesserat ab edicto Bibuli, multaque mutuatus erat ab edicto Asiatico Q. Mutii Seaevolae, ut ipse testatur eadem *epist. prima lib.* 6. Plin. *epist. ult. lib* 5. refert, Nepotem edictum proposuisse, quo admonebat accusatores, admonebat reos, executurum se, quae Senatusconsulto continerentur, edicto subjecisse Senatus-
22 consultum hoc: *Omnes, quicquid negotii haberent, jurare prius, quam agerent, jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse.* Hoc senatusconsultum in usu non erat, ut testatur idem Plinius in fine *Epistolae*, Nepos tamen se ita jus dicturum edixit. Et cum a multis hoc edictum carperetur, nemo objecit, eum non potuisse vetera edicta mutare: et novum edictum proponere. Id. Plin. *Interim tota civitate Nepotis edictum carpitur, laudatur. Multi: invenimus, qui curva corrigeret. Quid? ante hunc Praetores non fuerunt? Quis autem hic est, qui emendet publicos mores? Alii contra: rectissime fecit, initurus magistratum jura cognovit; Senatusconsulta legit; reprimit foedissimas pactiones; rem pulcherrimam venire non patitur.* Nemo objicit legem Corneliam. Nimirum contra legem 23
Corneliam non erat. Edictum quoque, de quo in *l. Si quis in gravi* §. *quod ad causam ff. de SC. Sillan.* fuit propositum post legem Corneliam, cum fuerit posterius Senatusconsulto, quod Augusto imperante factum est an. 762. Nisi quis credat id a Salvio Juliano additum edicto perpetuo. Aliud occurrit *in l.* 1. §. *ait Praetor. ff. de postul.* Aliud edictum Provinciale in *l. Divus Hadrianus* 6. *ff. de custod. et exhib. reor.* Vide *l.* 1. §. *Si cui cautum ff. de extr. cogn.*

Salvianum quoque interdictum probabile est in edicto fuisse propositum a Salvio Juliano, cum Praetor fuit. Actio quoque furti manifesti in quadruplum fortasse fuit a Praetore introducta post legem 24
Corneliam. Nam cum eo tempore necterentur etiam debitores, verosimile non est, Praetorem misertum fuisse furum manifestorum, eosque ab ea poena voluisse liberare, ut alias luculente demonstrabimus. Sunt et aliae actiones Praetoriae, quae post legem Corneliam videntur inventae, ut Publiciana, et aliae, quarum nulla umquam mentio ante illam legem; de quibus alias agemus singulatim. Nunc ad rem redeamus.

Animadvertendum est etiam, quod mul- 25
to ante legem Corneliam L. AEmilio Paulo et C. Licinio Crasso Coss. anno urbis 586. idem cautum fuerat Senatusconsulto, quod refert Dodwellus ad Spartian. *in Hadrian. Hora octava Senatus coactus est in Hostilia. SC. factum, Praetores ut suis edictis perpetuis jus dicerent.* Et tamen Carbonianum edictum posterius est hoc Senatusconsulto. Nam C.

Carbo Praetorius fuit occisus Carbone et Mario Coss. anno Urb. 672. teste Vellejo Paterculo *lib.* 2. 26. *et* 27.

Imposuerunt plerisque verba Asconii: *et edictis suis perpetuis.* Sed non dixit Asconius, lege cautum fuisse, ut edicta essent perpetua: sed ut jus dicerent ex suis edictis perpetuis. Alia enim edicta Praetorum erant perpetua: alia tempora-
26 ria. Edicta perpetua erant aunua. Dicebantur perpetua, non quoad tempus, sed quoad officium: perpetuo enim durabant durante officio, ac magistratu. Dicebantur perpetua, quia referebantur ad alia temporaria, quae, prout res inciderat, unius tantum negotii causa proponebantur. Sic, cum olim, quoties crimen aliquod publica animadversione dignum fuisset perpetratum, crearetur a populo Quaestor parricidii, qui de eo crimine cognosceret, quando horum delictorum cognitio coepit mandari Praetori, quaestio-
27 nes perpetuae sunt constitutae: licet Praetori non in perpetuum, sed in singulos annos mandaretur. Dicebatur autem perpetua quaestio constituta, quia Praetor, cui mandata erat ejusmodi cognitio, toto anno de omnibus ejus generis delictis cognoscebat, cum olim pro singulis delictis singuli Quaesitores crearentur. Eodem modo edicta perpetua dicebantur, quae toto anno obtinebant, totamque rationem juris dicundi complectebantur: cum alia essent edicta, in quibus aliquid è re nata Praetores edicebant. Edicta distinguit in haec duo genera Ulpian. in *l. Si quis id* 7. *ff. de jurisd. Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod, prout res incidit, in albo propositum erit, corruperit*

Edictum perpetuum, seu perpetuae jurisdictionis causa propositum, erat id, quod Praetor initio magistratus proponebat, in quo edicebat, quomodo jus dicturus esset eo anno. Idcirco lege Cornelia ex eo jubebatur jus dicere, et ab eo recedere prohibebatur.

Edicta temporaria non ejusdem modi erant omnia. Erant edicta, quibus reus vocabatur, quae nostri vulgo citationes appellant. *l. ad peremptorium cum quinque* 28
ll. seqq. ff. de judic. Erant edicta monitoria, objurgatoria, consolatoria, de quibus late *Brisson. de formul. lib.* 3. *in princ.* Erant et quaedam edicta, quibus Praetor impendens aliquod periculum amovebat, et, ne aliquid fieret, prohibebat. Cic., *lib.* 2. *in Verr. Quod nisi Metellus hoc tam graviter egisset, atque illam rem imperio, edictoque prohibuisset, vestigium statuarum istius in tota Sicilia nullum esset relictum.* Valer. Max. *lib.* 1. *cap.* 3. *C. Cornelius Hispallus, Praetor Peregrinus, M. Popillio Laenate, Cn. Calpurnio Coss. edicto Chaldaeos intra decimum diem abire ex urbe, atque ex Italia jussit.*

Constat igitur, edictum perpetuum non lege Cornelia factum fuisse, sed Senatusconsulto, Imperatoris Hadriani tempore, qui in eo digerendo Salvii Juliani JC. opera usus est. *l. dedit.* § *si vero postea* 29
C. de veter. jur. enucl. l. penult. C. de Condict. indeb. Eutrop. lib. 9. *l.* 2. § *sed quia in fin. C. eod.*

An autem hoc edictum, a Salvio Juliano compositum, vim legis haberet, ita ut dici posset, Praetores legem condidisse per posterius, non sine causa dubitari potest. Equidem, ut dicam, quod sentio, hic quoque in nominis amphiboliam incidimus. Nam si legis nomen in genere accipimus, ut significet quodcumque jus, quamcumque constitutionem legitime factam, jubentem aliquid, aut vetantem, *l.* 30
legis virtus ff. de legib. et l. 1. *et* 2. *ff. eod.* utique vim legis habebat. Erat enim olim Lex annua, ut ait Cicero: postquam factum fuit perpetuum, non amplius erat Lex annua, sed vere lex perpetua. Lex enim est, quae scripto sancit, quod vult, aut jubendo, aut vetando, a delectu. *Cic. de legib. et* Senec. *lib.* 4. *de benefic. Legem dicimus justi, injustique regulam esse.* Haec omnia conveniunt edicto perpetuo. Et in hac significatione legis no-

men, etiam Senatusconsulta comprehendit, ut in *l. tutelas* 7. *in princ. ff. de cap. min. l. aut privatum* 10. *in princ. ff. ad SC. Turpill.* juncta *l.* 2, §. 1. *ff. de cust. et exhib. reor. et l. si res* 49. *de minor.* juncta *l.* 1. *ff. de reb. eor.* Simili autem oratione Adriani in Senatu fuit confirmatum Edictum perpetuum. *d. l. dedit* §. *si vero postea C. de veter. jur. enucl.*

Quod si legis nomen proprie accipiamus pro generali jussu populi, ut eam
31 Capito definiebat, et Justin. *in* §. *Lex est Instit. tit. de jur. natur.* quemadmodum nomen legis accipitur in *l. jus autem* 7. *ff. de justit. et jur. in l. juris gentium* 7. *ff. de legib. in l.* 1. *in fin ff. ex quib. caus. maj. l.* 2. §. *deinde cum esset ff. de origin. jur. l.* 1. *ff. ne quid in loc. public.* et passim; utique edictum Praetoris nec post confirmationem Adriani, nec approbationem Justiniani lex est.

Imo etsi legis nomen accipimus pro ea sanctione, seu constitutione, quae supremam habet potestatem vetandi, atque imperandi, quemadmodum fere semper usurpatur in jure nostro, Edictum Praetoris lex non est, neque vim legis
32 habet. Itaque in jure nostro semper edictum appellatur, non vero lex, nec legis nomine comprehenditur, nisi cum legem pro jure dicunt. Nam Adrianus quidem Edictum Praetoris de annuo perpertuum fecit, non tamen ejus naturam mutavit, aut vim auxit, aut quicquam roboris addidit.

Quamobrem Justinianus in hoc nostro §. *Praetorum Instit. tit. de jur. nat. gent. et civ. ait: Praetorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem.* Recte: non enim edicta Praetorum obtinent supremam illam auctoritatem, quam leges, et constitutiones Principum, de quibus antea egerat, sed multo minorem. Et hoc etiam tempore ipsius Justiniani post Pandectarum compositionem. *Obtinet*, inquit: non agit de tempore veterum Praetorum; sed de suo. Quid ita? *Quia Magistratus huic juri auctoritatem dederunt*, ut ait paulo infra. Retinent igitur eamdem auctoritatem, quam ipsis dederunt Magistratus, et ideo non modicam; non tamen summam, ac maximam.

Exemplis id clarius ostendam. Praetor non poterat haeredem facere: per legem enim solum, vel similem juris constitutionem haeredes fiunt, §. *quos autem Instit. tit. de bonor. poss.* Sine suprema legis auctoritate nobis haereditas obvenire non potest, sive ab intestato, sive ex testamento. *l. verbis legis. l. lege obvenire ff. de V. S.* Itaque Praetor dabat bonorum possessionem iis, quos ad successionem vocabat. *d.* §. *quos autem.* An 33
post Adrianum, vel post Justinianum ex edicto Praetorum deferri coepit haereditas? Minime vero. Etiam post Imperatores laudatos nihil aliud ex edicto defertur, quam bonorum possessio. Quid ita? Quia non mutarunt naturam edicti, nec majorem auctoritatem ipsi dederunt. Sustulit quidem Justinianus quasdam bonorum possessiones, tamquam inutiles, reliquas tamen, quas confirmavit, non mutavit in haereditatem, sed et hodie manent bonorum possessiones, ut constat ex toto *tit. Instit. de bonor. posses. et ex toto lib.* 37. *et* 38. *Pandectarum, et ex lib.* 6. *Cod. a tit.* 10. *ad* 20.

Praetor obligationem jure civili recte contractam, ipso jure tollere non poterat, ne contra leges faceret, sicut nec ullus alius magistratus: *l. formam.* 2. *C. de off. Praef. Praetor. Orient.* et ideo dabat exceptionem ad elidendam actionem, si quando aliquam obligationem improbabat: et is, cui dabat exceptionem, ipso jure erat obligatus. *tot. tit. Instit. de exception.* Atque id etiam bodie obtinet; 34
nam obligatio, a Praetore improbata, non est ipso jure nulla, sicut ipso jure nulla est obligatio, quae a legibus improbatur, sicut pro infectis habentur ea omnia, quae lege prohibente fiunt; *l. non dubium C.*

de legib. sed hodie etiam, quemadmodum olim, ad infringendam et enervandam obligationem opus est exceptione. *d. tit. Instit. de except. et toto tit. ff. et C. de except.* Igitur nec hodie edictum Praetoris habet eamdem vim, quam lex. Imo nec prius pactum per pactum posterius eliditur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem: *l. si unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* quia stipulatio legis auctoritate nititur; pactum vero auctoritate praetoria. *l. juris gentium* 7. §. *ait praetor. ff. de pact.* Vide text. *in l. in honorariis* 35. *in princ. ff. de oblig. et action.*

Non excutiam longius, nec singulas partes juris Praetorii percurram, quas si quis velit singulatim, et accurate perpendere, intelliget, eamdem prorsus habere vim, quam Praetores ipsi tribuerunt. Et ratio est in promptu. Cum enim Justinianus non novum jus condiderit, sed veterum Jurisconsultorum sententias, ac praecepta collegerit, et in Pandectis digesserit, eisque tribuerit legis auctoritatem; veteres autem Jurisconsulti in edictis interpretandis tribuerint ipsis eam auctoritatem, quam a Praetoribus acceperant; utique eamdem quoque ipsis tribuit Justinianus, qui veterum Jurisconsultorum interpretationes confirmavit.

At enim Justinianus omnia, quae in libros juris congessit, sua esse voluit, quasi leges a se conditas, ac promulgatas. *l.* 1. § *sed in hoc studium l.* 2. §. *ne autem in fin. C. de vet. jur. enucl.*

Respondetur, id esse verissimum, quoad
35 vim derogandi omnibus aliis legibus. Has enim solas voluit observari Justinianus, et omnes pariter eodem modo, perinde ac si essent omnium postremae constitutiones, et ab ipso conditae omnes eodem tempore, videlicet tunc, cum eas colligit. *d. l.* 2. §. *haec autem omnia; et l.* 3. §. *tanta C. eod.* Non tamen id pertinet ad vim disponendi, et producendi effectus, quam non mutavit Imperator noster. Sua fecit omnia, sed tamen voluit singulas juris partes propriam habere naturam, quam initio habuerunt; et, cum nollet ex integro novum jus condere, ex veteri jure quaedam sustulit, et abrogavit; quaedam confirmavit, et ipsis tribuit eam auctoritatem, quam cujusque natura patiebatur.

CAPUT VII.

Ad §. Sunt autem Inst. tit. de bonor. possess. et ad l. ut liberis 17. C. de Collat.

SUMMARIUM.

I. Bonorum possessio contra tabulas est ex testamento. et 20.
II. Omnis successio, tum civilis, tum praetoria, aut ex testamento, aut ab intestato.
III. Tabulae significant testamentum.
IV. Bonorum possessio contra tabulas non rescindit testamentum.
V. Nec impedit, quominus haeres in testamento scriptus adeat haereditatem. et 15.
VI. Qui omissa bonorum possessione contra tabulas adit ab intestato, legata praestat, quemadmodum ille, qui adit omissa causa testamenti.
VII. Haec bonorum possessio non impedit querelam inofficiosi.
VIII. Concurrit cum bonorum possessione secundum tabulas.
IX. Non admittit simul ad successionem exhaeredatum.
X. Conservatur substitutio: et legata.
XI. Testamentum est supremum judicium defuncti.
XII. Excluso haerede scripto, et admisso altero non scripto, fit irritum testamentum.
XIII. Paria sunt non esse, et non esse legitime.
XIV. Praetor rescindit judicium defuncti, non testamentum: et ratio. n. 15.
XV. Non potest contra leges facere, nec subvertere actum a jure comprobatum.
XVI. Exempla proponuntur: et n. 17. 18. 19. 20.
XXI. Exhaeredati ad hanc bonorum possessionem non admittuntur: et quare.
XXII. Explicatur *l. ut liberis C. de collat.* et nn. seqq.
XXIII. Collatio locum habet, sive ab intestato succedatur, sive per hanc bon. pos.
XXIV. In hac bonorum possessione Praetor servat ordinem, et divisionem juris civilis.
XXV. Intestatus quoad tutelam, dicitur etiam, qui rite fecit testamentum.
XXVI. Minus proprie Praetor dicitur rescindere testamentum: et afferuntur varia exempla.
XXVII. Nullum dicitur, quod est sine effectu, etiamsi ipso jure subsistat.
XXVIII. Bonorum possessio contra tabulas comparatur querelae inofficiosi solum quoad effectum collationis.

Quae de bonorum possessione contra tabulas dicturi sumus, ea pertinent ad

Praetoris auctoritatem, de qua disserui-
mus. Bonorum possessio contra tabulas
recensetur inter bonorum possessiones ex
testamento. *in* §. *sunt. autem Instit. tit.*
de bonor. posses. et in §. *sed eas In-*
1 *stit. tit. eod.* Et merito: est enim bo-
norum possessio contra tabulas ex testa-
mento, non ab intestato: et ideo sem-
per in jure nostro separatur, ac distin-
guitur a successione ab intestato, ut in
l. 1. §. *ita autem ff. unde liber. in l.*
4. *C. de collation.* Et cum omnis suc-
cessio tum civilis, tum praetoria, sit vel
ex testamento, vel ab intestato §. *ult. In-*
2 *stit. tit. per quas person. cuiq. acquir.*
princ. tit. Instit. de bonor. posses. si
ab intestato non sit, sequitur ut sit ex
testamento.

Verumtamen, quamvis haec certa vi-
deantur, vix intelligi potest, qui fiat,
ut ea bonorum possessio, quae impugnat
voluntatem, ac testamentum defuncti,
nihilomious sit ex testamento. Videntur
haec inter se contraria esse: ex testa-
3 mento, et contra testamentum. Est con-
tra tabulas: ergo et contra testamentum:
tabularum enim nomen testamentum si-
gnificat. *l.* 1. §. *hoc interdictum ff de*
tab. exhib. l. §. 1. *ff. quemadm testam.*
aper. l. 1. *ff. de bonor. poss. sec. tab.*
Juven. *Sat.* 2.

> *Notum est, cur solo tabulas im-*
> *pleverit Ister.*
> *Liberto.* ——————

Et *Satyr.* 6.

> —————— *Mox decolor haeres*
> *Impleret tabulas, nunquam tibi*
> *mane videndus.*

Id. *Satyr.* 14.

> *Corripies nimirum, et castigabis*
> *acerbo*
> *Clamore: et post haec. tabulas mu-*
> *tare parabis.*

Si est cootra testamentum, ergo non ex
testamento.

Impugnat quidem bonorum possessio
contra tabulas testamentum, et volunta-
tem defuncti, et est contra testamentum
non tamen ipsum testamentum rescindit.
nec defunctum facit intestatum: unde ab
intestato succedi non potest, et subsisten-
te testamento, non potest succedi nisi ex 4
testamento. Rescinditur quidem judicium
testantis *l.* 1. *ff. de legat praestand.* non
tamen rescinditur ipsum testamentum,
quia Praetor non quaerit de jure testa-
menti, an valeat, vel non valeat, sed de
jure ejus, qui petit bonorum possessio-
nem; *l. filio* 16. *in fin. ff. de inoff. te-*
stam. et dat quidem bonorum possessio-
nem contra voluntatem defuncti, a qua
recedit. *l. sed cum patrono* 6. §. 1. *ff.*
de bon. poss. testamentum autem illae-
sum, intactumque relinquit, nec impe- 5
dit, quo minus in eo testamento scriptus
heres adeat hereditatem. *l. is qui in*
potestate §. *sed si scriptis ff. de legat.*
praest.

Hinc autem multi oriuntur effectus.
Primus est, quod, sicut ille, qui omissa
causa testamenti; ab intestato adit he-
reditatem, cogitur legata praestare, pe-
rinde ac si heres esset ex testamento,
l. 1. *ff. si quis omiss. caus. testam.* ita 6
et, qui omissa bonorum possessione con-
tra tabulas ab intestato possidet heredi-
tatem, legata praestet, quae praestaret
accepta hac bonorum possessione. *l. quis*
autem 6. §. *hoc edictum ff. eod.*

Alter, quod, si pater defuncti acce- 7
perit bonorum possessionem contra tabu-
las, filia a defuncto exheredata potest
agere querela inofficiosi testamenti: *l. fi-*
lio 16. §. 1. *ff. de inoff. test.* qua age-
re non posset, si per bonorum posses-
sionem rescissum fuisset testamentum:
tum quia filia succederet ab intestato, et
ideo ei non competeret querela; §. *tam*
autem Instit. tit. de inoff. testam. tum
quia querela testamentum rescindit, at-
que subvertit. *l. Papinianus* §. *si ex*
causa l. in repudiantis ff. de inoff. te-
stam. non posset autem rescindi testamen-
tum, si jam fuisset rescissum per bono-
rum possessionem. *l. nam etsi* 5. *vers.*
puto igitur ff. de injust. rup.

Tertius, quod bonorum possessio con-
tra tabulas potest concurrere cum bono-
8 rum possessione secundum tabulas. *l. sed
cum patrono* 6. *ff. de bonor. poss.* utra-
que enim est ex testamento.

Quartus secundo similis est: si alter
ex filiis sit praeteritus, alter exhereda-
tus, et praeteritus accipiat bonorum pos-
sessionem contra tabulas, nihilominus non
admittitur ad successionem exheredatus.
9 *l. si post mortem* 10. §. *exhereduti ff.
de bonor. poss. contr. tab.* atqui admit-
teretur, si per bonorum possessionem con-
tra tabulas everteretur testamentum, et
defunctus fieret intestatus. *l. filium* 20.
in princ. ff. eod.

Quintus, quod, licet Praetor recedat
a voluntate testatoris quoad institutionem,
tamen et exceptis personis legata conser-
10 vat; *l.* 1. *et toto tit. ff. de legat. praest.*
et sustinentur substitutio pupillaris, et om-
nia legata a substituto data: *l. ex duo-
bus* 34. §. *ult. ff. de vulg.* quae in ir-
ritum omnia reciderent, si testamentum
everteretur. *l.* 2. *vers. nam si principa-
le ff. de vulg. Subst. l. si patroni* 55. §. *qui
fideicommissum ff. ad SC. Trebell.* §. 1.
Inst. de hered. quae ab intest.

Sed hic in scopulum impingimus, quem
interpretes nostri declinantes praetervehun-
tur. Si Praetor defuncti judicium rescin-
dit, *l.* 2. *ff. de leg. praest.* rescindit
etiam testamentum. Quid enim est testa-
11 mentum, nisi voluntatis nostrae justa sen-
tentia? *l.* 1. *ff qui testam. fac. poss.*
Quid, nisi supremum defuncti judicium?
*l. vel negare ff. testam. quemadm. aper.
l. nec si mora* 5. *C. de quaestion. l. nec
fideicommissa* 36. *ff. de legat.* 3. *l.* 1.
ff. de bonor. poss. ex testam. milit. l.
1. *C. de collation l. ex testamento* 5.
C. de testam. milit. l. non oportet 5.
C. de his quib. ut indig. l. hi quibus
7. *C. de fideicom. libert.*

Praeterea, si a Praetore heres scri-
ptus excluditur, et admittitur heres non
scriptus, fit irritum testamentum, et de-
12 functus intestatus decedit. *l.* 1. *in princ.
ff. de suis: et legit. heredib. princ. tit.
Instit. de heredit. quae ab int. de-
fer.* Paria enim sunt, aliquid non esse,
et non esse legitime. *l. quoties* 6. *ff. qui* 13
satisd. cog. l. 1. *ff. si quis in jus voc.
non ier. l.* 1. §. *quod si nemo in fin.
ff. quod cujusq. univers.*

Respond. quod quoties a jure civili
rescinditur judicium testatoris, rescindi-
tur etiam, atque evertitur testamentum
item, cum jure civili fit irritum testa-
mentum herede non adeunte, decedit
intestatus, qui ejusmodi condidit testa-
mentum. At vero, cum Praetoris aucto- 14
ritate judicium testantis rescinditur, non
evertitur testamentum: potius enim Prae-
tor a voluntate testatoris recedit, quam
testamentum subvertat, de cujus jure
non quaerit *l. Filio* 16. *in fin. ff de inoff.
testam.* Quamobrem, etsi heredibus non
adeuntibus corruat exheredatio, et exhe-
redatus admittatur ab intestato; tamen
filio petente bonorum possessionem con-
tra tabulas, alter filius exheredatus non
admittitur ab intestato, quia non infir-
matur testamentum, et ideo sustinetur
exheredatio. *l. filio* 20 *in princ. ff. de
bonor. posses. contra tab.* Itaque Justi-
nianus in *l. ult.* §. *sancimus. C. de liber
praeter.* recte ait: *ut et ipsa, si fuerit
praeterita, adinstar filii emancipati, vel
testamentum ipso jure evertat, vel per
contra tabulas bonorum possessionem
stare non patiatur.* Suus, qui juris ci-
vilis praesidio munitus est, evertit ipso
jure testamentum: emancipatus, qui so-
lum ope Praetoriae succedit, non ever-
tit ipso jure testamentum, sed ipsum
stare non patitur, hoc est, non patitur
admitti heredem scriptum in testamen-
to, et locum habere voluntatem testato-
ris. Item in *l. si duo* 16 *ff. de legat.
praest.* filius in potestate exsistens prae-
teritus, licet accipiat bonorum possessio-
nem contra tabulas, tamen, quia etiam
jure civili munitus est, ab intestato rem
habere videtur, et legata non praestat. Con-
tra frater ejus emancipatus, licet et ipsi com-

municetur bonorum possessionis auxilium, tamen legata praestat, quia ex testamento rem habere videtur, in quo fuerat institutus.

Ratio autem, cur Praetor non rescindit testamentum, ea est, quia nec potest
15 rescindere, nec potest facere intestatum eum, qui recte et secundum praecepta legum testatus est. Testamenta enim a lege XII. tabul. sunt confirmata. *l. verbis legis, et l. lege obvenire ff. de V. S.* Praetor autem contra leges facere non potest *l.* I. *§.* I. *ff. de fer. l. cum sponsus §. si res ff. de Public. in rem act.* Itaque, quod legis auctoritate munitum est, a Praetore subverti non potest: neque enim eam habet auctoritatem, ut vim legis possit infringere, sicut non potest legem condere. Quemadmodum igitur non potest haeredem facere, quia sola lex hanc potestatem habet, *§. quos autem Instit. tit. de bonor. posses.* ita non potest impedire, quominus sit heres ille qui jure civili heres exsistit. *l. cum quasi* 30. *§. sed etsi suus ff. de fideic. libert. l. et sive §. sed quod Papinianus ff. de minor. §. restituta Instit. de fideicommiss. heredit.* Quapropter, cum dat bonorum possessionem contra tabulas praeterito, non excludit heredem institutum, qui recte adire potest hereditatem. *l. is qui in potestate §. sed si scriptus ff. de legat. praest.* licet sine effectu sit aditio: Praetor enim potest indirecto effectum impedire, non potest directo impugnare, ac subvertere actum jure civili comprobatum.

Sed hoc accuratius explicare operae pretium est. Non potest Praetor directo legem impugnare, et abrogare, aut subvertere id, quod a lege fuit constitutum.
16 Potest tamen indirecto effectum a legis sanctione prodeuntem impedire. Exemplis id planius exponam. Non potest Praetor obligationem jure civili comprobatam tollere, nec impedire quominus contractus jure civili comprobatus civilem pariat obligationem: idcirco, cum aequitate suadente improbat aliquem contractum, non ipsum subvertit, non tollit ejus obligationem sed effectum impedit dando exceptionem. Valet contractus: ex contractu nascitur civilis obligatio: parit actionem: sed vis actionis infringitur exceptione: *princ. tit. Instit. de except. et. §.* I. *et* 2 *et tot. tit.*

Praetor potest dare bonorum possessionem illis, qui a jure civili non vocantur ad haereditatem: *§. emancipati In-* 17
stit. tit. de haered. quae ab int. non potest tamen dare bonorum possessionem illis, qui a lege prohibentur capere haereditatem. *l. non est ambigendum §.* I. 18
ff. de bonor. poss. Ita dat. Praetor actionem Publicianam ad persequendam rem non usucaptam, perinde ac si usucapta esset, ad quam actio civilis non competit: *§. namque si cui Instit. tit. de action. l.* I. *ff. de Publician.* in rem Act. non tamen eam dat, si res a jure prohibeatur alienari. *l. cum sponsus §. si res ff. de Public. in rem act.*

Praetor excludit eos, qui a jure civili vocantur ad haereditatem, non tamen directo, declarando eos incapaces successionis, sed indirecto aliquem ipsis praeferendo. Jus civile vocat agnatos ad 19
haereditatem post suos haeredes. Ulpian. *Intit. cap.* 26 *l.* I. *post suos et §. seg. et l.* 2. *ff. de suis, et legit. haered.* Praetor non exclusit a successione agnatos, neque onim id efficere poterat; sed praetulit ipsis emancipatos. *§. emancipati, Inst. tit. de haered. quae ab intest.* Itaque, si moriatur paterfamilias sine suis haeredis relicto emancipato, jure civili succederent agnati. Non tollit Praetor hoc jus succedendi, quod habent a lege, sed ipsis praefert emancipatum, cui dat bonorum possessionem, perinde ac si esset in potestate: *d. §. emancipati*; quam ipsi non daret, si nominatim a lege fuisset exclusus. *l. non est ambigendum §. ult. ff. de bonor. possess.*

Eodem modo se res habet in successione testementaria, de qua agimus, Testator rite condidit testamentum. Praetor non rescindit testamentum, quod le-

gis auctoritate nititur; *l. verbis legis ff. de V. S.* non impedit, ne scriptus he-
20 res adeat hereditatem; *d. l. is qui in potestate §. sed si scriptus ff. de legat. praest.* sed heredi scripto praefert praeteritum, dando ipsi bonorum possessionem. Et quia haec bonorum possessio repugnat scripturae testamenti, dicitur *contra tabulas*: est tamen ex testamento, quia non evertitur testamentum, licet non sit secundum testamentum. Atque ita directo non facit contra legem, comprobantem testamentum.

Imo nec directo Praetor impugnat, ac subvertit voluntatem testatoris, nam et ipsa legis auctoritate vallatur. Nam si testator nominatim filium ab hereditate exclu-serit, eum exheredando, Praetor eum
21 non admittit ad bonorum possessionem: *l. non putavit* 8. *in princ. ff. de bonor. possess. contr. tab.* ubi notandum est illud verbum, *remotos*. Exheredati non admittuntur, quia ab hereditate remoti sunt a testatore, nec possunt admitti, nisi directo impugnetur, et subvertatur testatoris voluntas. Et ideo nec commisso per alios edicto admittuntur. *l. si post mortem* 10. *§. exhaeredati ff. eod* Cum vero admittit praeteritum, non impugnat directo voluntatem, licet eo admisso excludatur institutus, quia hoc fit in consequentiam. Quemadmodum non facit contra legem Praetor, cum agnatis praefert emancipatos, licet hinc consequatur, ut excludantur agnati, qui a lege vocabantur.

His explanatis viam stravimus ad intelligendam Leonis constitutionem in *l. ut liberis* 17. *C. de collat.* quae adeo contraria est huic sententiae, ut nihil supra. *Ut liberis tam masculini, quam foeminini sexus quocumque jure intestatae successionis, id est, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota*
22 *rescisso.* Tria sunt in his verbis observanda. Primum, quod, qui accipit bonorum possessionem contra tabulas, obtinet hereditatem jure intestatae successionis. Praeterea, quod petita bonorum possessione contra tabulas rescinditur testamentum. Denique, quod hac in re bonorum possessio comparatur querelae, qua vere testamentum rescinditur, *l. testamentum* 24. *C. de inoffic. testam. l. filii* 16. *C. fam. ercisc. l. qui repudiantis ff. de inoffic. testam.* et fit defunctus intestatus. *l. posthumus* 6. *§. si quis ex his personis ff. eod*

Respondetur, quod quotiescumque filii non succedunt ex voluntate testatoris, qui potest partes inaequales facere, locum habet collatio, ut omnes consequan-
tur pares portiones ex bonis paternis. Ita- 23
que sicut collatio locum habet, cum succeditur ab intestato, ita locum habet, cum succeditur per bonorum possessionem contra tabulas. *l. filiae* 4. *C. de collat.* Imo collatio praecipue inducta est propter bonorum possessionem contra tabulas. *l.* 1. *in princ. ff. de collat.* Nam, qui accipit bonorum possessionem contra tabulas, non succedit secundum voluntatem defuncti, sed ex voluntate Praetoris, et ideo non debet plus obtinere ex bonis paternis, quam alii, qui vel a testatore, vel a jure civili vocantur ad hereditatem. Quamobrem Praetor liberos ad hanc bonorum possessionem vocat, eo jure, eoque ordine, quo vocarentur ad suc-
cessionem jure civili, et distribuit ipsis 24
eas portiones, quas habituri essent ab intestato: *l.* 1. *§. vocantur autem l. non putavit* 8. *in fin. versic. Praetori l. si in adoptionem* 11. *§.* 1. *ff. de bonor. poss. contr. tab. l. ult. in princ. ff. de legat. praest.* Ad servandam autem hanc aequalitatem inter liberos, hanc collationem introduxit. Igitur, cum agitur de collatione, (ut in *d. l. ut liberis*) omnis successio dicitur intestata, etiam quae obtinetur per bonorum possessionem contra tabulas: non, quia vere sit ab intestato; ab ea enim distinguitur; sed quia idem
jus est, idem effectus, *l. Filiae* 4. *C. de* 25
collation. Sic etiam, quoad tutelam di-

citur intestatus etiam ille, qui vere intestatus non decessit. *l. intestato* 6. *ff. de legit. tutor.* §. *quod autem Inst. tit. de legit. agn. tut.* Et Imperatorem Leonem *in d. l. ut liberis*, voluisse compreheodere omnes successiones, in quibus obtinet collatio, sive proprie, sive improprie essent intestatae, constat ex illis verbis generalibus: *quocumque jure intestatae successionis.*

Verbum autem, *rescisso*, proprie refertur ad querelam inofficiosi, cui subjectum est: minus proprie. ad bonorum possessionem contra tabulas. Est enim illud usitatum, ut, quando verbum plura debet comprehendere, et ad plura referri, sufficiat unum ex illis proprie comprehendere, etiamsi alia contineat minus proprie. Rescissum autem dicitur testamentum, quia Praetor ipsum stare non
26 patitur, *l. ult.* §. *sancimus. C. de liber. praeter.* hoc est, non patitur observari quoad heredis institutionem, cui praefert praeteritum, quasi hic, non ille, fuisset institutus. Ita rescindere dicitur emancipationem Praetor, cum emancipatum admittit ad bonorum possessionem unde liberi, eumque praefert agnatis. *l. sed cum patrono* 6. §. 1. *ff. de bonor. possess.* Non potest Praetor rescindere emancipationem, quae a lege XII. tabul. fuit inducta, ejusque auctoritate sustinetur: sed tamen dicitur rescindere spectato effectu: quia emancipatum admittit, perinde ac si non esset emancipatus. Sic rescindere usucapionem dicitur Praetor, cum dat actionem ad rem persequendam, perinde, ac si non fuisset usucapta. *l. in honorariis* 35. *in princ. ff. de oblig. et act.* § *rursus Instit. tit. de action.* Sic rescinditestamentum dicitur, cum heres transgreditur voluntatem testatoris. *l. in tabulis* 36. *ff. de statu lib.*

Nimirum si verba referamus ad jus, non est rescissio: si ad effectum, rescissio est: quia idem consequitur effectus, qui per rescissionem consequeretur. Sic
27 nulla dicitur obligatio in *l. si dare* 25. *ff. de V. O.* quae tamen dicitur jure subsistere, et efficax esse in §. 1. *Instit. tit. de except.* hic enim ad jus: illic ad effectum verba referuntur. Ad effectum quoque refertur verbum illud, *rescisso*, in nostra *l. ut liberis*, quia quoad inducendam collationem, perinde est, ac si rescissum esset. Et quoad eumdem effe- 28
ctum comparatur ibi querela inofficiosi testamenti cum bonorum possessione contra tabulas, quia per utramque ita succeditur, ut sit necessaria collatio.

CAPUT VIII.

Ad l. Papinianus 8. *in princ. ff. de inoff. testam.*

SUMMARIUM.

I. Bonorum possessiones aliae sunt cum re, aliae sine re.

II. Bonorum possessio litis ordinandae gratia est sine re.

III. Querela inofficiosi, non datur nisi cum heres institutus adivit hereditatem.

IV. Bonorum possessio litis ordinandae gratia non est necessaria liberis in potestate exsistentibus, sed emancipatis.

V. Per querelam inofficiosi testamenti suus heres simul rescindit testamentum, et hereditatem acquirit.

VI. Qua de causa suis heredibus non ait necessaria bonorum possessio litis ordinandae gratia.

VII. Filius agendo querela immiscet se hereditati, nec potest postea abstinere.

VIII. Agnoscens bonorum possessionem, et agens querela inofficiosi pro herede gerit.

IX. Implens conditionem non adit, et quare?

X. Emancipati post rescissum querela testamentum possent repudiare hereditatem juxta quorumdam sententiam.

XI. Testamentum patris querela rescinditur, quasi pater non sanae mentis fuerit, cum testatus est.

XII. Non debet esse in arbitrio cujusquam, ad quem velit deferri hereditatem, sed contra, n. 13.

XIII. Emancipatus agendo querela agnoscit successionem.

XIV. Haec bonorum possessio inventa est in commodum emancipatorum, ut querela agere possint.

XV. Emancipatus jure civili nihil juris habet in bonis paternis.

XVI. Pater filium emancipatum exheredando, non facit ei injuriam secundum jus civile.

XVII. Bonorum possessio litis ordinandae gratia reddit emancipatum capacem successionis, et querelae inofficiosi.

XVIII. Emancipatus sine hac bonorum possessione non potest per querelam vindicare hereditatem, in qua nullum jus habet.

Quoniam de bonorum possessionibus sermo est institutus, de bonorum possessione litis ordinandae gratia pauca subjiciamus, de qua in *l. Papinianus* 8. *in princ. ff. de inoffic. testam.*

Praeter illas bonorum possessiones cum
re, quae nobis jus tribuunt, et domi-
1 nium omnium rerum hereditariarum, *l.*
1. 2. *et* 3. *ff. de bon. poss.* sunt quaedam bonorum possessiones sine re, de quibus Ulpian. *in frag. et* Imperatores *in l. filiis matrem C. de inoff. testam.*

Inter has bonorum possessiones sine re, quae jus non tribunt, est illa, quae datur acturis querela inofficiosi testamenti: *l. quamvis* 2. *C. eod. de inoff.* quae
dicitur bonorum possessio litis ordinan-
2 dae gratia in *l. Papinianus* 8. *ff. de*
inoff. testam. Est autem sine re, quia querela inofficiosi non datur, nisi heres institus adiverit hereditatem. d. *l.*
Papinianus §. *si conditioni vers. quo-*
3 *niam ff. eod* Itaque donec testamentum
per querelam rescindatur, hereditatem obtinet institutus, non, qui agit querela, aut ordinat litem inofficiosi testamenti, ut avocet hereditatem ab instituto. *d. l.* 2. *de inoff. testam.*

Haec bonorum possessio liberis in po-
testate exsistentibus necessaria non est.
4 *l. quemadmodum* 7 *ff. de inoff. testam.*
Hinc a contrario argui posse videtur, eam bonorum possessionem liberis emancipatis esse necessariam. Quorsum detur bonorum possessio, et qua de caussa necessaria sit emancipatis, non suis heredibus, est inter doctissimos homines magna dissensio. Rem obscurissimam, quantum potero, dilucide explicabo. Omittam autem, qnae hac in re fingit Accursius, atque ejus asseclae, Graecorum fabulis simillima.

Suis heredibus non est necessaria bonorum possessio haec, quia, cum ipsi
succedant ab intestato, per solam querelam inofficiosi, utrumque consequuntur, et ut rescindatur testamentum patris, et ut avocent hereditatem a scriptis heredibus. Nam querela inofficiosi testamenti est actio, qua simul rescinditur testamentum, et petitur, ac vindicatur he-
reditas; *l. Papinianus* §. *quoniam. l. eum* 5
qui §. *ult. l. si instituta* §. *de inofficioso ff. de inofficioso testam. l.* 3. *C. de petit. hered.* vel qua rescisso testamento fit heres ipso jure *l. in suis* 14. *ff. de*
suis et legit. hered. Uno verbo: eadem
de causa, qua ipsis necessaria non est 6
aditio, *l. quemadmodum ff de inoff. testam.* necessaria quoque non est haec bonorum possessio.

Non potest admitti communis sententia, quà statuitur, filium exheredatum etiam post rescissum testamentum posse
abstinere, nec agendo querela se immi-
scere hereditati, *argum. text. in l. An-* 7
tistius 62. *ff. de acq. heredit.*

Etenim, qui testamentum accusat, hoc ipso videtur agnovisse successionem: *l. cum quidam. ff. de bonor. poss.* quia ideo accusat, ut jus suum sibi servet; *d. l. cum quidam.* et ideo semper accusat, tamquam heres: quamobrem agnoscit successionem. *d. l. Antistius.* Nam, qui implet conditionem, potest cam implere etiam alia de causa, vel fato: *l.* 2. *ff. de condit. et demonstr.* et ideo, ut
ex conditionis implemento arguatur ani-
mus acquirendae hereditatis, qui omni- 8
no requiritur in adeunda hereditate, *l. si avia* 6. *C. de jur. delib.* §. *ult. Inst. de hered. qual. et differ.* necesse est, ut impleat, tamquam heres. *d. l. Antistius.* At accusatio testamenti vel falsi, vel inofficiosi natura sua includit animum acquirendi hereditatem, non minus, quam pro herede gestio. Et sicut pro herede gerit, qui agnoscit, ac petit bonorum possessionem, *l. puberem* 12. *C. de jur. delib.* ita, qui accusat testamentum inofficiosum: cum accusando petat, ac vindicet hereditatem.

9 Emancipatis autem quidam putant ne-
cessariam esse hanc bonorum possessio-
nem, ne post expugoatum patria testa-
mentum repudient hereditatem. Acce-
pta hac bonorum possessione, simul ac
rescissum fuerit testamentum, obtinent
hereditatem: quia bonorum possessio,
quae pendente judicio erat sine re, fini-
to judicio statim incipit esse cum re. At
si eam non acceperint, erit in eorum
arbitrio repudiare hereditatem. At hoc
ipsis non est permittendum.

Primum, quia testamentum rescindi-
10 tur hoc colore: quasi non sanae mentis
fuerit, qnia contra officium pietatis te-
statns est. *l. 2. l. nam et his 3. in fin.
l. Titia ff. de inoff. testam. l. patronus
§. ult. ff. de legat. 2.* et ideo non est
permittendum filio notam hanc patri inu-
rere sine causa, si nolit hereditatem adire.

Praeterea, qnia esset in potestate filii
hereditatem deferre heredibus ab inte-
stato, et adimere institutis: rescindendo
enim testamentum excluderet institutos:
et postea repudiando admitteret heredes
ab intestato. Hoc autem non debet esse
11 in cujusquam arbitrio. §. *at hi, versic
quod ideo Instit. tit. de hered. qual.
et differ.*

Negari non potest, dici haec admo-
dum probabiliter. Verumtamen, si nihil
aliud obsisteret, non intelligo, cur eman-
cipatus agendo querela, non agnoscat
successionem, ita ut amplius repudiare
12 non possit, *d. l. cum quidam*, ut mo-
do dicebamus.

Praeterea non est novum, ut querela
inofficiosi non prosit ei, qui egit, sed
heredibus ab intestato, qui admittantur
exclusis institutis propter testamentum que-
13 rela rescissum. *l. posthumus. §. si quis
ex his personis ff. de inoff. testam.* Quod
et in scriptis heredibus aliquando evenit,
ut sit venale eorum beneficium, et sit in
eorum arbitrio aliquem vel excludere,
vel admittere ad hereditatem *l. filio,
quem 20. in princ. ff. de bonor. poss.
contr. tab.*

Nec illud est ommittendum, quod Pau-
lus in *l. quemadmodum 7. ff. de inoff.*
videtur innuere, hanc bonorum posses-
sionem esse necessariam emancipatis, ut 14
possint agere querela: adeoque ad eorum
commodum videtur inducta. Atqui esset
ipsis incommoda, si tolleret ipsis ejusmo-
di facultatem repudiandi post rescissum
testamentum.

Existimo igitur, hanc bonorum pos-
sessionem necessariam esse emancipatis,
quia sine ea non possent admitti ad agen-
dum querela inofficiosi. Primum enim
querela inofficiosi est remedium civile,
non praetorium, ad quod admitti non
possent emancipati, qui jure civili nihil
juris habent in bonis paternis §. *eman-
cipati Inst. tit. de hered. quae ab in-
test.* Quorsum enim tentent rescindere
patris testamentum, si ei non possunt
succedere? *d. §. emancipati.* Cum jure 15
civili sunt incogniti, non debent ab eo
admitti ad rescidendum testamentum: nam
etsi factum non fuisset testamentum, num-
quam successuri fuissent. Considerato ju-
re civili nullam injuriam fecit filio eman-
cipato parens, qui eum exheredavit: et
ideo nulla causa est, cur non debeamus
ei consentire. *l. non est 4 ff. de inoff.
testam.* Nec qnidquam potest allegare 16
emancipatus, cur exheredari non debue-
rit, cum nihil juris habeat, *l. 3. ff. eod.*
juncta *l. 4. §. emancipatus vers. cum
possit ff. de bon. poss. contr. tab.*

Praetor igitur, ut ipsum reddat suc-
cessionis capacem, ac eum praeparet ad
agendum, et ut possit allegare, cur non
debuerit exheredari, et se injuria affe-
ctum ostendere, dat ei hanc bonorum
possesionem, qua et jus succedendi con-
sequitur, et rescinditur emancipatio, et 17
perinde habetur, ac si esset in potestate.
*l. sed cum patronus 6. §. 1. ff. de bon.
poss. d. §. emancipati Instit. tit. de he-
redit. quae ab int. vers. perinde.* Est enim
haec bonorum possessio litis ordinandae
gratia eadem, ac bonorum possessio unde
liberi: sed pendente judicio est sine re;

quemadmodum ea, quae datur instituto sub conditione, quae pendente conditione sine re est; existente conditione incipit esse cum re. *l.* 2. §. 1. *l. sub conditione* 5. *ff. de bonor. poss. sec. tab. l.* 3. §. *si sub. ea conditione ff. de bonor. poss. contr. tab.* Etenim haec quoque bonorum possessio pendet a conditione rescissionis testamenti.

Praeterea, cum per querelam inofficiosi testamenti petatur, ac vindicetur, et evincatur hereditas, ut supra probavi-
18 mus; quo jure emancipatus petat, ac vindicet hereditatem, in qua nihil juris habet? Quo jure judex excludet institutum, eumque condemnabit ad restituendam hereditatem ei, qui in ea nihil juris habet? Querela inofficiosi testamenti est actio contra jus civile, quod testamenta confirmavit. *l. verbis legis ff. de V. S.* Est autem moribus indroducta, et paulatim. caepit admitti. Valer. Maxim. *lib.* 7. *cap.* 7. Haec autem actio dari non poterat emancipatis, qui nihil juris habebant in hereditatem patris, et ideo nullo colore poterant rescindere ejus testamentum. Praetor igitur, ut ipsi quoque admitterentur, et considerarentur tamquam sui heredes, coepit dare ipsis hanc bonorum possessionem, qua suis heredibus pares efficiebat: *d.* § *emancipati*: atque ita ipsis quoque caepit haec actio communicari. Cum igitur consuetudo admiserit emancipatos solum post acceptam hanc bonorum possessionem, necessaria erat emancipatis, qui non ipso jure sunt heredes, ut sui, sed per bonorum possessiouem.

CAPUT IX.

Ad l. ei qui se 12 ff. de acquir. vel om. hered.

SUMMARIUM.

I. Sui heredes sioe ullo facto proprio, etiam ignorantes et inviti acquirunt hereditatem ministerio legis. et. 5. 8.

II. Praetor volentibus solom indulget beneficium abstinendi. et 36. et seqq.

III. Pro heredibus babentur, quoad commoda, non quoad incommoda. Sed contra a o. 55. ad 59.

IV. Facta oon finguntor, nec praesumuntur.

V. Filius ergo heres.

VI. Qui dixit se heredem, pro herede gerit.

VII. Suus, qui dicit se beredem non esse, probara debet se abstinuisse. et 41.

IX. Filius fit heres eo ipso momento, quo pater moritur: et quae sint effecta.

X. Retinet potius hereditatem, quam acquirit.

XI. Fit hoc vi patriae potestatis.

XII. Fit heres etiam ignorans: explicator multis exemplis.

XIII. Fit heres ètlam invitus, et hereditati obligatur, et patrem obligat.

XIV. Fit baeres etiam sioe aditione vel immixtione. et 15. 16. 17.

XVIII. Creditores, qui conveniunt filiom, probare tantummodo tenentur, com tempore mortis fuisse in potestate, et primum locum obtinuisse.

XIX. Heres statim succedit in omne jus defuncti, et obligatur creditoribus hereditariis.

XX. Sous heres illis obligatur etiam sine totoris et coratoris auctoritate et 57.

XXI. Immixtio in suo idem est, ac aditio in extraoeo.

XXII. Hereditas est successio in universum jos tam quoad commoda, quam qooad incommoda.

XXIII. Servus acquirit domino ignoranti, et invitu, excepta hereditate; et quare? et 51. 57.

XXIV Creditores hereditarii oon tenentur probare immixtionem. et 25. et seqq. Patri filium supervixisse praesumitur.

XXVII Refellitur sententia existimantium, beneficium abstinendi, filium tueri sioe ullo ejus facto. et n. seqq.

XXVIII. Non potest Praetor efficere, ut non sit heres ille, quem lex heredem facit. et 33.

XXIX. Filius est heres antequam abstioeat, et etiam postea. et 38.

XXX. Lex non aufert. jus heredis ei, qui semel heres fuit: declarator exemplo,

XXXI. Filius manet heres etiam postquam abstinoit: effectus hujus rei.

XXXII. Suus heres, etiam postqoam abstinuit, potest se immiscere.

XXXIII. Nec potoit, nec voluit Praetor per beneficium abstioendi tollere jus sui heredis: sed solum eum non haberi loco heredis, et quidem non in omnibus et 34.

XXXV Beneficium abstinendi non obstat libertatibus, substituto popillari, et traosmissioni hereditatis. et 52.

XXXVI. Extraneus oon acquirit hereditatem nisi facto proprio.

XXXVII. Suus non gaudet beoeficio, nisi de facto abstineat

XXXVIII. Abstioere, et repudiare quomodo differant?

XL. Suus heres, antequam dereliquerit hereditatem, efficaciter convenitur. et 58. 59.

XLII. Probatio voluntatis exigitur ab eo, qui dicit se voluisse.

XLIII. Suus, qui dicit se nolle retinere hereditatem, non tameo abstinet.

XLIV. Non amittit dominiom bonorum paternorum, oisi facto aliquo ab eo avellatur.

XLV. Cor pater suos heredes praeterire non possit?

XLVI. Tam immixtio, quam abstentio fit voluntate sui heredis.
XLVII. Proponitur communis sententia, et explicatur.
XLVIII. Existentia sui heredis prodest tertio. et 49. et 50. 51. et 52.
XLIX. L. Exempla, quibus heres non cogitur suscipere partem vacantem.
LII. Hereditas a suo haerede mortuo ante immixtionem transmittitur.
LIII. Transmissio damnosae hereditatis est incommoda.
LIV. Praetor impedit plerosque effectus suitatis in abstinente.
LV. Suitas aliquando nocet suo heredi. et 56. 57. et seqq.
LVII. Per hereditatem non fit melior conditio nostra.
LXI. Pupillus etiam post immistionem habet beneficium abstinendi.
LXII. Qui abstinuit, potest intra certum tempus repetere hereditatem.
LXIII. Quod admittitur sub conditione, sub contraria dari videtur.
LXIV. Conditio in contractibus, non in legatis, retrotrahitur.
LXV. Novata sub conditione obligatione pura, prior manet obligatus sub contraria conditione.
LXVI. Beneficium abstinendi non efficit, ut suus sit heres sub conditione.
LXVI. Acquisitio hereditatis non recipit conditionem.
LXVII. Spes non liberat debitorem.
LXVIII. Stipulatio vires capit ab initio.
LXIX. Non potest judex supplere abstentionem.
LXX. Beneficium abstinendi non parit exceptionem, sed a Praetore denegantur actiones.
LXXI. Beneficium abstinendi non operatur ipso jure, ut communiter creditur.
LXXII. Praetor non operatur ipso jure, maximo cum legem impugnat.
LXXIII. Stipulatio contraria stipulatione tollitur ipso jure: secus est in pactis: et quare?
LXXIV. Suus, qui vult abstinere, potest id facere sola voluntate, nec tenetur Praetorem adire.
LXXV. Si suus amovit aliquid ab hereditate, vel pro herede gessit, amittit, beneficium abstinendi.
LXXVI. Restitutio non datur illis, qui ipso jure muniti sunt.
LXXVII. Qui se non immiscuit hereditati, non indiget restitutione.
LXXVIII. Nova interpretatio *l. ei qui se bonis ff. de acquir. vel omitt. hered.*
LXXIX. In *libro undecimo ad edictum* Ulpianus pertractavit de restitutione in integrum, quae a Praetore datur minoribus: in *libro duodecimo* de ea, quae datur majoribus.
LXXX: Id ipsum eruitur ex *l. 1. C. Si Min. ab hered. se absten*
LXXXI. Veritas non desiderat verborum adminicula.
LXXXII. Potest filius abstinere hereditate patris, et retinere fratris, cui substitutus erat, hereditatem.
LXXXIII. Suus, qui abstinuit hereditate patris, potest petere legatum sibi relictum in patris testamento.
LXXXIV. Emancipatus omissa hereditate patris legatum consequi potest.

Ignoratio praetoriae jurisdictionis, ejusque auctoritatis, quam in jure civili corrigendo, mitigandoque Praetor habebat, multos errores invexit in jurisprudentiam: idcirco ad ea explicanda, quae sunt juris praetorii, non invitus aggredior. Sui heredes ipso jure, sola legis potestate, sine ullo facto proprio, etiam ignorantes, et inviti fiunt heredes. *§. sui autem Instit. tit. de hered. qual. et differ. l. in suis. ff. de suis et legit. hered. l. 1. § qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. testam.* Praetor tamen 2 volentibus indulsit beneficium abstinendi, ut eos liberaret ab oneribus non sponte susceptis. *d. §. sui autem l. si filius 12. ff. de vulg. et pup. l. necessariis 57. ff. de acquir. vel omit. hered. l. nam nec emancipatus 89 ff. de legat. 1.* Plerique interpretes, quorum sententia in foro recepta est, hoc ita acceperunt, ut sui heredes ab oneribus liberi sint, etiam antequam abstineant, et beneficio 3 Praetoris utantur; et licet in iis, quae ad eorum commodum pertinent, pro heredibus habeantur, tamen quoad alia non sint heredum loco, nec possint a creditoribus haereditariis conveniri. Adeoque, si suus heres ab illis conveniatur, debent creditores probare, eum bonis paternis se immiscuisse, alioquin suus heres erit absolvendus; quasi beneficium Praetoris tollat jura sui heredis, eoque fruantur etiam antequam ipsum amplexi fuerint. Hoc falsum esse viderunt etiam nonnulli ex Pragmaticis, prae ceteris docti, et emunctae naris interpretes. Nam, si suus heres ipso jure, et sine ullo facto proprio statim a morte defuncti fit heres etiam invitus; et contra, si beneficio abstinendi non gaudet, nisi de facto abstineat; utique ipse pro- 4 bare debet, se abstinuisse: facta enim nec finguntur, nec praesumuntur, et probanda sunt ab allegante. *l. in bello §. facti ff. de capt. et postlim. l. adseveratio 10. C. de non numer. pecun.* Creditores, qui conveniunt suum heredem, allegant, eum esse heredem. Fundatam habent intentiontionem suam in legis dispositione, quae ipsum facit heredem sive ve-

lit, sive nolit. *d.* §. *sui autem Instit. tit.*
de heredum qual. et differ. Unde il-
5 lud Apostoli recte possunt usurpare; *fi-*
lius, ergo heres. Si suus heres contra
nihil allegaverit, non poterit effugere con-
demnationem: cum enim a lege heres
declaretur, non potest non declarari etiam
a judice, nisi velit contra leges judicare:
adeoque non poterit non condemnari tam-
quam heres *l. cum de lege* 17. *ff. de*
probat Quod si opponat se non teneri,
et non posse condemnari propter Prae-
toris beneficium, probare debet, se usum
fuisse eo beneficio, et a bonis paternis
abstinuisse, et a se removisse heredita-
tem, quam legis ministerio consecutus
erat. Itaque aut fatetur, se heredem es-
se, et tamquam heres erit condemnan-
dus, quia hoc ipso pro herede gerit; *l.*
6 *si filius* 12. *ff. de interr. action.* aut ne-
gat, se heredem esse, et docere debet,
quomodo jam quaesitam hereditatem a
se repulerit: quod cum efficere non po-
tuerit nisi abstinendo, utique docere de-
bet, se abstinuisse hereditate paterna.
7 Qui enim dicit, se abstinuisse, utique
id probare debet *l.* 2 *l. quoties* §. 1. *l.*
in exceptionibus in princ. ff. de probat.
Sed haec expendenda sunt accuratius, et
argumentis nihil dubii relinquentibus de-
mostranda.

8 Ac primum illud certissimum est, suum
heredem ipso jure fieri heredem: §.
sui autem Inst. tit. de hered. qual. et
differ. l. 1. §. *qui sunt in potestate ff.*
Si quis omis. caus. test. l. penult. §. *lon-*
ge ff. de bon. libert. Et quidem fit he-
res statim, nec ullum, nec minimum qui-
dem momentum intercedit inter mortem
patris, et filii acquisitionem. *d. l.* 1. §.
9 *qui sunt in potestate.* Cujus acquisitionis
factae a filio eo ipso momento, quo pa-
ter moritur, effectus scitu dignos habe-
mus in *l. si post mortem* 68. §. 1. *in l.*
quaesitum 91. § *praesenti ff. de legat.*
1. *l. Julianus* 86 *ff. de condit et dem.*
10 *l. si optio* 13. *ff. de opt. legat.* Imo nec
proprie acquirit haereditatem, sed eam
retinet: *l. si servum* §. *Praetor ff. de*
acquir. haered. l. sed si non alias 86.
ff. de leg. 1. *l. si filius* 12. *ff. de vulg.*
et pupil. quia non tam acquirit dominium
rerum paternarum, quam in eo conti-
nuatur dominium, quod et vivo patre
habere existimabatur. *l. in suis ff. de li-*
ber. et posth. Quare dicitur suus he-
res, quasi sibi ipsi succedat, non patri:
l. scripto 7. *ff. unde liberi:* quod ele-
gantius a Graecis explicatur, qui eum
vocant αὐτοκληρονόμον: hoc est, *sui ipsius*
heredem. Nec dicitur heres fieri per
mortem patris, sed existere: *l. si quis*
filius 7. §. 1. *ff. de acquir. hered.* quod
pariter Graeci elegantissime explicant ver-
bo ἀναφαίνεσθαι: hoc est, *apparere.* Ap-
parent enim heredes, et quodammodo
emergunt, qui antea non apparebant,
accipientes potius liberam bonorum admi-
nistrationem, quam percipientes heredita-
tem. *d. l. in suis* 11. *ff. de liber. et posth.*

Illud etiam certissimum est, hanc ac- 11
quisitionem, seu continuationem fieri vi
patriae potestatis: *l. conditioni* 5. *ff. de*
cond. et demonstr. adeo ut ad hanc ac-
quisitionem hoc tantummodo requiratur,
ut sit in potestate, si quidem ab alio
non praecedatur. Quamobrem nec scien-
tia, nec voluntas, nec ullum aliud ejus
factum desideratur, ut heres existat. 12

Non requiritur scientia acquirentis:
nam etiam ignorans heres existit. §. *sui*
autem Inst. tit. de hered qual. et dif-
fer. Itaque et furiosus hereditatem ac-
quirit, *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. he-*
red. et infans statim ac nascitur: *l. Lu-*
cius 9. *ff. de jure fisci:* qui tamen ni-
hil scit, nihil intelligit. *l.* 1. § *furiosum*
ff. de oblig. et act. § *furiosus et* §. *sed*
quod diximus Inst. tit. de inut. stip. Et,
qui ignorat patrem suum decessisse, ni-
hilominus ipso jure heres ejus existit;
l. apud. hostes 8. *C. de suis, et legit.*
hered. l. qui duos 10. §. *cum in bel-*
lo ff. de reb. dub. et qui ignorat, quo
jure ei delata sit haereditas; et ex qua
parte: *l. cum quidam* §. *suum et l. ven-*

tre praeterito ff. de acquir. hered. quod secus est in extraneis. *l. qui hereditatem* 19. *et l. heres institutus* 32. *cum seqq. ff. de acquir. hered.* Imo, etsi putet hereditatem ad se non pertinere, tamen eam acquirit. *l. liber homo §. ult. ff. de stipul. servor.* Ipsi enim hereditas acquiritur, sicut nobis acqiritur, quicquid servus noster acquirit. *l. de hereditate §. filiusfamilias ff. de castrens. pecul.* Quare, etsi filius patri hereditatem non acquirat sine ejus jussu, *l. qui in aliena* 6. *et l. si quis mihi* 25. *per tot. ff. de acquir. hered.* tamen hanc hereditatem ei acquirit etiam sine ejus jussu, et scientia *d. l. qui in aliena §. interdum ff. de acquir. hered.* In hac enim acquisitione nulla ratio habetur scientiae, cum omnia fiant necessitate legis.

Eadem de causa non requiritur voluntas ipsius acquirentis, cum haec acquisitio sit necessaria, ac propterea etiam invitis acquiritur. *d. §. sui autem Inst. tit. de hered. qual. et diff.* et ideo etiam infanti, et furioso acquiritur, *l. furiosus* 63. *ff. de acquir. hered. l. Lucius* 9. *ff. de jur. fisc.* quorum nulla est voluntas.
13 *l. furiosi ff. de reg. jur.* Nec solum acquirit invitus, sed invitus hereditati obligatur; *l. lege Cornelia ff. de testam. et qui test. fac. pos.* sed et invitum hereditati patrem obligat, si in ea causa sit hereditas, ut patri per filium acquiratur. *l. in aliena* 6. *in princ.* juncto §. *interdum ff. de acquir. hered.*

Denique nullum factum aditionis, aut immixtionis requiritur: *l. in suis* 14. *ff.*
14 *de suis et legit.* quae etsi nominet aditionem, non immixtionem, tamen ratio, quam affert, convenit etiam immixtioni. Nam si ideo aditio non est necessaria, quia ipso jure heredes existunt; eadem de causa non erit necessaria immixtio. Nec immixtio differt ab aditione, nisi ratione personae, a qua celebratur: nam, quae in extraneis vocatur aditio, in suis dicitur immixtio. *l. Eum bonis* 87. *ff. de acquir. hered.*

Praeterea constat ex iis, quae hactenus demonstravimus, haereditatem a suo herede etiam ignorante acquiri; imo et 15
ab eo, qui putat, hereditatem ad se non pertinere. Atqui ignorans non miscet se hereditati. *d. l. eum bonis* 87. *ff. de acquir. hered.* Multo minus se autem miscet invitus: et tamen hic etiam acquirit.

Denique suus heres acquirit hereditatem, sicut acquirimus per servos nostros. *l. de hereditate §. filiusfam. ff. de castrens. pecul.* Sed per servos nostros sine ullo facto nobis acquiritur, imo et nobis vetantibus. *l. servus vetante ff. de* 16
V. O. l. numquam 31. §. *si servus ff. de usurp. et usucap. l. quemadmodum* 46. *ff. de jure dot. l. etiam invitis ff. de acquir. rer. dom. §. item vobis Inst. tit. per quas person. cuiq. acquir.*

Quo factum est, ut *in l.* 3. *C. de jure delib.* in extraneis quidam requiratur aditio, in suo autem nihil desidere- 17
tur. Et *l.* 2. §. *si quis ex liberis ff. ad S. C. Tertull.* in posthumo extraneo requirit, ut agnoverit bonorum possessionem, antequam decesserit; in suo autem nihil aliud desiderat, quam ut suus agnoscatur. Hoc enim solum ei tribuit idem jus, quod extraneo petita bonorum possessio. Similis textus in *l. duos* 10. §. *cum in bello ff. de rebus dub.* ubi certo non poterat constare de immixtione filii, cum ignoraretur, ante ne, an post patrem decessisset; et tamen responsum fuit, eum hereditatem patris acquisivisse, et ad heredes transmisisse. Similis text. in *l. apud. hostes C. de suis et legit. hered.* in quo filia ignorabat patrem apud hostes decessisse, adeoque non poterat se miscere bonis paternis; *l. eum bonis ff. de acquir. hered.* et tamen sua heres extitit, et decedens quaesitam sine ulla immixtione hereditatem transmisit ad heredes. Similes sunt text. *in l. de hereditate §. filiusfam. ff. de castrens. pec. in l. ex militari* 11. *et. seqq. ff. de milit. testam.*

His probe constitutis, quae in contro-

versiam adduci non possunt, illud ne-
18 cessario consequitur, creditores, qui conveniunt suum heredem, hoc solum probare debere, eum conventum, esse suum heredem: hoc est, fuisse in potestate defuncti, et primum locum in successione obtinuisse: quae duo tribuunt jus sui heredis. Hoc enim probato satis fun-
19 darunt intentionem suam. Cum enim non possit esse suus heres quin ipso jure statim defuncti heres existat, ut demonstravimus, et heres statim succedat in omne jus defuncti, *l. heres in omne ff. de acqir. hered.* et eadem cum defuncto persona censeatur, *auth. de jurejur. in prfat.* utique tenetur respondere creditoribus hereditariis, *l. 2. C. de hered. vel act. vend.* et onera hereditaria subire. *l. pacto* 26. *C. de pact.* Nec possunt adstringi creditores ad probandum quicquam aliud praeter suitatem, cum haec sola sufficiat ad costituendum ipsum heredem etiam ignorantem, et invitum, eumdeque hereditati obligandum, ut demonstravimus. An enim ab eis exigetur probato scientiae, aut voluntatis, aut alicujus facti; si haec ad acquirendam hereditatem non sunt necessaria in suo herede? Sustulit has omnes defensiones suo heredi legis necessitas. Imo sustulit etiam pupillaris, aut minoris aetatis, aut furoris excusationem, quae in nulla alia causa solet umqnam deficere.
20 Nam et pupillus hereditati obligatur sine tutoris auctoritate, et furiosus. *l. more* 8. *ff. de acquir. hered. l. furiosus* 63: *ff. eod.* Nulla igitur defensio superest suo heredi ad excludendos creditores.

At enim interpretes nostri exigunt, a creditoribus probationem immixtionis. Quo jure id exigant, ignoro Certe hac ratione suum heredem redigunt ad similitudinem heredis extranei, cum idem sit immixtio in suo herede, qood aditio
21 in extraneo *l. Eum bonis ff. de acqir. hered.* Et sicut in extraneo exigunt probationem aditionis, ita exigunt probationem immixtionis in suo herede. Itaque nullus superest effectus suitatis. Neque potest defendi suos heredes quoad commoda tantum heredes esse, antequam se immisceant; non quoad incommoda. Quis enim umquam audivit, hereditatem non
esse successionem in universum jus con- 22
tra *text. in l. hereditas* 62. *ff. de reg. jur. et in l. heres in omne ff. de acquir. hered.* aut hereditatem damna et incommoda non comprehendere? *l. hereditatis ff. de V. S. l. si hereditatem ff. mandat. l.* 1. *ff. de bon. poss.* Adeo ut, 23
licet servus etiam ignoranti, et invito Domino acquirat; tamen ab hac regula nos recedere cogat natura hereditatis, cui omnino repugnat, eam acquiri solum quoad commoda, non autem qnoad incommoda; quapropter hereditas nonnisi jubente domino per servum acquiritur. §. *item vobis versic. sed si heres Inst. tit. per quas person. cuique acquir. l. acquiritur* 10. §. 1. *versic. ideoque ff. de acquir. rer. dom. l. qui in aliena* 6. *in princ. et l. si quis mihi* 25. §. *jussum ff. de acquir. hered.* Sed hac de re postmodum dicemus uberius: modo ad rem redeamus.

Contra veteres Jurisconsulti hanc pro- 24
bationem immixtionis numquam exegerunt *l. qui duos* 10. §. *cum in bello ff. de reb. dub.* Pater et filius in acie simul mortui erant, puta in eodem praelio: et ignorabatur, quisnam prius mortuus esset. Concurrebant ad hereditatem Agnati Patris, et Mater. Agnati Patris petebant ejus hereditatem. Mater filii defuncti allegabat, Patris hereditatem filio tamquam suo heredi quaesitam fuisse, et ideo bona illa cum hereditate filii ad se fuisse devoluta. Ad Matrem admittendam, et excludendos Agnatos duo erant necessaria: et ut Pater premortuus esset filio, et ut filio fuisset acquisita Patris hereditas ante mortem. Et filium quidem Patri supervixisse praesumendum esse, Divus Adrianus credidit. Non poterat tamen Mater probare immixtionem filii, quae praesumi non poterat, cum ambo in eodem praelio cecidissent. Ve-

rumtamen cum ageretur de suo herede, qui statim ipso jure etiam ignorans heres existit, non exegit Jurisconsultus probationem immixtionis: et admisit Matrem ad hereditatem, quae utique excludenda esset, si probanda esset immixtio, quae eo casu probari non poterat; imo erat omnino improbabilis, et inverisimilis. In *l. cum de hereditate* §. *filiusfam. ff. de castr. pecul.* filius de castrensi peculio testamentum fecit, ignorabat Patrem, in cujus erat potestate, decessisse
25 atque ita mortuus est. Agnati Patris vindicabant hereditatem Patris ab intestato. Heredes scripti in testamento petebant eadem bona, tamquam filio jam quesita, et ad se delata cum ejus hereditate. Non poterant hi probare immixtionem filii, quia non poterat se miscuisse bonis paternis, cum ignoraret Patrem decessisse Nihilominus tamen JC. eos admittit ad hereditatem filii simul et patris. In *l.* 2.
26 §. *si quis ex liberis ff. ad S. C. Tertull.* missus fuit venter in possessionem, mox natus est posthumus, et decessit ante petitam bonorum possessionem. Quaesitum fuit, an Matrem exclussisset. Distinguit: si suus heres agnoscitur, excludit: sin minus, non excludit. Non supponitur hic immixtio: nam si se miscuisset, utroque casu Matrem excluderet.

Sublatis hisce defensionibus superest tantummodo filio beneficium abstinendi, quo se tueri possit a creditoribus, a quibus tamquam suus heres convenitur. Atque hoc beneficio satis tutum esse filium existimant, quia, cum sit a jure introductum, etiam sine ullo facto hominis
27 operatur, et producit effectum. Sed hic in tres gravissimos errores incurrunt. Primo, quia beneficium hoc abstinendi, non a lege fuit introductum, quae ipso jure effecit, quod praecipit, sed a Praetore, qui non potuit tollere jura sui heredis. Secundo, quia Praetor, etsi potuisset, noluit tamen tollere jura suorum heredum, proponendo hujusmodi beneficium. Tetio, quia non proposuit hoc beneficium absolute, sed pollicitus est se daturum illud tamtummodo volentibus eo uti. Singillatim haec omnia explicemus, et confirmemus.

Non potuit Praetor tollere jus sui heredis, seu, ut nostri ajunt, suitatem. Cum enim hoc jus a legibus duodecim tabularum sit constitutum, §. *sui autem versic. necessarii Instit. tit. de hered. qual. et differ.* non potest Praetor hoc jus tollere, cum non possit juri derogare. *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis.* Et cum non possit Praetor heredem facere, §. *quos* 28
autem Instit. tit. de bonor. posses. multo minus potest efficere, ut non sit heres ille, quem ipsa lex heredem facit. Itaque non solum heres est filius, antequam abstinuerit, sed etiam postquam abstinuit, et usus est beneficio Praetoris, tamen heres manet; *l cum quasi* 30. §. 29
sed etsi suus ff. de fideicom. libert. et etiam, postquam abstinuit, tenetur creditoribus jure civili. *l. necessariis ff. de acquir. hered.* Atque id evenit etiam in aliis remediis. *l. ait Praetor* 7. §. *sed quod Papinianus ff. de minor.* Imo nec 30
ipsa lex aufert jus heredis ei, qui semel heres extitit. Etenim lex AElia Sentia tunc solum permittit servum, in fraudem creditorum heredem institutum, liberum, et heredem esse, cum nemo alius ex testamento heres esse potest. *l. si is qui solvendo* 57. *ff. de hered. instit.* Verumtamen, si prius servus heres fuerit, et postea alius ex eo testamento heres sit, non avocat hereditatem a servo, nec desinit esse heres, cum semel extiterit, ut in exemplo proposito in *l. ei qui solvendo* 88. *ff. de hered. instit.*

Neque hoc est sine effectu. Primum enim, etiamsi filius abstinuerit haereditate, tamen non corruit testamentum, in quo fuit institutus, sicut corruit, alio 31
herede instituto repudiante. *princ. tit. Instit. de hered. quae ab int. defer.* Quamobrem et libertates eo testamento datae debentur, *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.* quae non debe-

rentur extraneo repudiante. *l.* 1. *C. de fideic. libert.* Et suo herede abstinente nihilominus sustinetur et confirmatur substitutio pupillaris, *l. Julianus et l. quaesitum ff. de acquir. her.* quae evanescit non adita hereditate. *l.* 2. §. 1. *ff. de vulg. Subst.* Praeterea licet hereditas, semel repudiata, amplius adiri non possit, *l.* 4. *C. de repud. hered.* tamen suus heres,
32 etiam postquam abstinuit, potest iterum suscipere hereditatem, quia penitus heres esse non desiit, *l. si quis suus ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hered.* Imo et pro herede gerendo, ac miscendo se bonis, etiam postquam abstinuit, heres fit, nisi alio animo, alioque nomine, ac titulo attigerit bona hereditaria. *l.* 1. *et* 2. *C. de repud. hered. l. pro herede §. Papiniano ff. de acquir. hered.*

Non potuit igitur Praetor tollere jus sui heredis, nec efficere, ut suus heres non esset, cum legis necessitate suus heres esset. Solum potuit Praetor eum non habere heredis loco; et sane heredis lo-
33 co non habet, postquam se abstinuit. *l. si filius* 12. *ff de interrog. action.*

Sed nec voluit Praetor tollere jus sui heredis. Voluit quidem, eos non haberi heredis loco, quantum attinet ad retinen-
34 dam hereditatem, et suscipienda commoda, et incommoda hereditaria: non tamen voluit, eos per omnia heredis loco non esse. Quocirca noluit penitus abolere jus sui heredis, etiamsi si quis admiserit, eum potuisse. Itaque et patitur, liberos esse servos, qui in testamento, in quo suus heres fuit institutus, libertatem acceperunt: et eos utique pro liberis habet: nam sine ulla exceptione dicuntur liber-
35 tatem consequi in *l. sciendum ff. de manu. test. in l. cum quasi* 30. §. *sed etsi suus ff. de fideicom. libert.* Nec repellit substitutum pupillarem. *l. si filius* 12. *ff. de vulg. Subst.* Nec impedit transmissionem hereditatis, quae fit a suo herede etiam ignorante. *l. apud hostes C. de suis et legit. hered.* Denique ea omnia, quae supra a nobis exposita sunt de suo herede, tradita fuerunt a veteribus Jurisconsultis post introductum a Praetoribus abstinendi beneficium; ex quibus constat, quod hujusmodi beneficium non tollit jura suorum heredum: et quod salva manet suitas etiam post inventum beneficium abstinendi.

Demum in hoc errant; quod putant, beneficium abstinendi operari, et enervare vires suitatis, etiam antequam suus heres abstineat. Neque enim hoc Praetori propositum fuit eximere liberos ab hereditate, etiam antequam abstinerent. Fingamus igitur, Praetorem habuisse supremam potestatem omnino parem legi, et potuisse convellere funditus, et penitus 36
abolere jura suorum heredum: tamen cum hoc non fecerit, sed solum proposuerit hoc beneficium abstinere volentibus; non potest hujusmodi beneficium quicquam operari, et vires suas exercere antequam suus heres abstinuerit: hoc est, voluerit hoc beneficio uti. Exemplo rem planius explicabo. Lex, quae supremam habet potestatem, potest aliquem etiam invitum heredem facere, ipso jure, et sine ullo ipsius facto. Et quidem hac potestate utitur in servis, et in suis heredibus, quos facit heredes necessarios, et in eos transfert hereditatem etiam ignorantes, et invitos. §. 1. *et* 2. *Instit. tit. de hered. qual. et differ.* Contra vero in extraneis hac potestate non utitur, sed ipsos volentes ad hereditatem admittit, et dat ipsis jus deliberandi, et facultatem adeundi, vel repudiandi hereditatem. §. *extraneis Instit. tit. eod.* Hi autem non acquirunt hereditatem ipso jure, et sine facto proprio, sed necesse est, ut eam adeant: §. *item extraneis Inst. eod.* hoc est, necesse est, ut utantur facultate adeundi, quam ipsis lex concessit: nec ante consequuntur aliquod jus, quam hereditatem adierint. *l. si jussu* 44. *in fin. ff. de furt.*

Eadem ratione Praetor non dedit beneficium abstinendi invitis; non eos ipso jure liberavit; non sustulit jura suorum

heredum: sed dedit hoc beneficium volentibus: hoc est, dedit facultatem abstinendi ab hereditate ipso jure quaesita, si voluerint ab ea abstinere. Itaque sicut
37 heres extraneus non gaudet commodo hereditatis antequam adeat: ita nec suus heres gaudet commodo hujus beneficii, antequam eo utatur: hoc est, antequam abstineat. Itaque recte Ulpianus in *l.* 1. §. *qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. testam.* dixit: *Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec, quod abstinere possint, quicquam facit.* Nimirum facultas abstinendi non impedit quominus aint heredes antequam abstineant; et quidem sint heredes pleno jure: nam heredes sine re manent etiam postquam abstinuerunt. *l. cum*
38 *quasi* 30. §. *sed etsi suus ff. de fideicom. libert.* Beneficium enim abstinendi nihil operatur, nisi volente suo herede. Antequam is declaraverit suam voluntatem, perinde est, ac si hoc beneficium numquam fuisset introductum. Neque enim Praetor dedit suis heredibus facultatem repudiandi hereditatem, sed beneficium abstinendi. Beneficii nomen indicat, id non concedi nisi volentibus. *l. invito ff.*
38 *de reg. jur.* Abstinendi verbum demonstrat, id non concedi, nisi quaesita jam hereditate. Abstinere enim dicimur ab hereditate jam acquisita; *l.* 1. §. *si quis adita ff. ad SC. Tertull. l. jam dubitari* 86. §. *ult. ff. de hered. instit. l. cum hereditate* 55. *et l. pen. ff. de acquir. vel om. hered.* repudiare autem hereditatem jam delatam, sed nondum quaesitam *l.* 1. §. *decretalis ff de success. edict.*

Et sane, quod Praetor solum volentibus hoc beneficium largiatur, tradidit Imperator noster in § *sui autem Instit. tit. de hered. qual. et differ.* ibi *sed his Praetor permittit volentibus abstinere hereditate.* Non praecipit, ut abstineant: non liberat eos ipso jure ab oneribus hereditariis: sed ipsis *permittit*, ut abstineant, et quidem permittit solum *volentibus.* Itaque antequam velint, nullum effectum habere poteat haec Praetoris permissio Qui permittit alicui ut faciat, nihil ei tribuit antequam fecerit. 39
Tradiderat et ante ipsum Cajus in *l. necessariis ff de acquir. vel omit. hered.* ibi: *abstinendi se ab hereditate Proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem.* Derelinquunt igitur hereditatem, cum se abstinent, atque id faciunt solummodo, si velint. Si derelinquunt, ergo antequam eam derelinquerent, obtinebant. Et si non datur in eos actio, cum derelinquerunt hereditatem, antequam derelinquant, in eos a Praetore actio datur, et quidem efficax: nam et jure civili tenentur, ut ait Cajus: et tenentur etiam jure praetorio, quo in eos actionem dat, et pro heredibus habet, antequam voluerint derelinquere hereditatem: neque enim Praetor invitos removet ab hereditate. *l. si Filius* 12. *ff. de vulg.* Antequam igitur voluerint derelinquere hereditatem, non removet eos ab hereditate: itaque pro heredibus eos habet: et cum polliceatur, se denegaturum actionem, cum voluerint eam derelinquere, utique non denegat actiones antequam velint hereditatem derelinquere. Tenentur igitur creditoribus tam jure civili, quam jure praetorio, antequam se abstineant: neque enim hoc casu prodita est a Praetore ulla exceptio, qua se tueri possint, antequam beneficio Praetoris utantur. 40

His illud etiam consequens est, quod sui heredes cogi debent ad probandam abstentionem. Etenim cum a Praetore eorum voluntas exigatur, hanc voluntatem ipsi probare debent. Sicut enim aditio, licet nuda voluntate fiat, §. *ult Inst. tit. de hered. qual. et differ. l. si avia C. de jure deliber.* probanda est ab eo, qui allegaverit quempiam heredem esse, ut communiter fatentur omnes, quia facta probanda sunt ab allegante, ut initio 41

diximus: ita licet abstentio fieri possit nuda voluntate, tamen probanda erit a suo herede, qui eam allegat, et per abstentionem contendit, se esse liberatum a creditoribus, quibus jure civili tenetur. *d. l. necessariis ff. de acquir. vel om.*
42 *hered.* Nam et, qui dicit, probare debet, *l.* 2. *ff. de probat.* et haec probatio ab eo exigitur etiam cum agitur de probanda voluntate. *l.* 3. *et l. cum qui ff. eod.*

Confirmatur, quia abstentio requirit factum amovendi, ac repellendi, seu derelinquendi hereditatem. Cum enim hereditas sit jam acquisita suo heredi, non potest ab eo amitti sine aliquo facto, quo a se abigat hereditatem. *l. id quod nostrum* 11. *ff. de reg. jur.* Quocirca qui dicit, se nolle retinere hereditatem, non tamen idcirco abstinet hereditate, eam-
43 que amittit; sed necesse est, ut revera abstineat, et derelinquat hereditatem: adeoque, et qui dixit, se nolle retinere hereditatem, tamen potest postea abstinere: et si quid postea amoverit, amittit beneficium abstinendi. *l. si servum* §. *Praetor ff. de acquir. hered.* Aliud enim est dicere, se nolle retinere hereditatem, aliud est re vera hereditatem derelinquere. Cum igitur hujusmodi factum derelinquendi hereditatem sit necessarium, non potest dubitari, suum heredem, qui hoc facto se tuetur, ipsum probare debere. Suus heres est in possessione suitatis, ex qua necessario promanat hic effectus, ut sit heres, qui effectus est necessario conjunctus cum suitate. Quapropter si dicit, se non esse heredem, nec teneri creditoribus hereditariis, ipse probare debet. Argumento text. *in l. circa ff. de probat.*

Item comprobatur, quia continuatio illa dominii in suis heredibus, de qua *in l. in suis ff. de liber. et post.* tolli non potest, et ab ipsis avelli, nisi aliquo fa-
44 cto, et certa aliqua declaratione. Quare pater, licet haberet in liberos jus vitae, et necis, *d. l. in suis:* licet haberet a lege XII. tab. plenissimam facultatem disponendi de rebus suis; *l. verbis legis ff. d. V. S.* tamen si filium praeteread in testamento, non valet testamentum. *l. si filius* 7. *l. Gallus* §. *in omnibus l. inter* 45
cetera 30. *ff. de lib. et post.* Non alia ratione, nisi quia priusquam dominium transferat in alium, debet illud a filio avocare, et filium expresse exheredare, ut possit alium instituere. *l.* 1. 2. *et* 3. *ff. de lib. et post.* Filius igitur non potest hujusmodi dominium amittere, nisi facto aliquo ab eo adimatur, et avellatur, unde efficitur, ut hoc dominium non amittat ex sola potestate abstinendi: sed necessarium sit factum ipsum abstinendi. Hoc autem factum utique probandum est ab ipso, qui in eo fundat defensionem suam.

Denique duo sunt actus contrarii, qui fieri possunt a suo herede: immixtio, et abstentio. Utraque desiderat voluntatem sui heredis. Non se immiscet suus he- 46
res, nisi habeat animum se immiscendi. *l. cum bonis ff. de acquir. hered.* Non se abstinet suus heres sine voluntate se abstinendi, cum beneficium abstinendi solum volentibus detur. §. *sui autem Instit. tit. de hered. qual. et differ.* Cum suus heres convenitur a creditoribus hereditariis, quaeritur, an probanda sit immixtio, vel abstentio. Absurdum autem est exigere probationem immixtionis ab iis, pro quibus militat ratio suitatis, quae ipso jure heredem facit; non autem exigere probationem abstentionis ab eo, contra quem militat eadem ratio suitatis, et qui semper heres erit, nisi ab hereditate abstinuerit. Utriusque actus par est conditio. Uterque enim agentis voluntate perficitur. Uterque desiderat probationem: cum enim in facto consistat, non praesumitur; sed immixtio non allegatur a creditoribus, qui habent intentionem fundatam in suitate, et ideo ab ipsis probanda non est. Contra, abstentio allegatur a suo herede, qui convenitur, et se tuetur adversus na-

cessitatem suitatis: et ideo ab eo probanda est.

His expositis progrediamur ad ea expendenda, quae statuunt Bartolus, et Pragmatici in hac controversia. Eorum
47 est illa distinctio. Aut agitur de commodo, et utilitate sui heredis, et tunc habet effectum suitas, et nihil operatur beneficium abstinendi, antequam revera suus abstineat. Aut agitur de incommodo, et damno sui heredis: et tunc beneficium abstinendi infirmat jus sui heredis, et enervat vires suitatis, etiam antequam suus heres revera abstineat, et declaret suam voluntatem. Aut denique agitur de re, quae ad suum heredem non pertinet, sed continet commodum, aut incommodum tertii, et tunc pariter nihil operatur existentia sui heredis; per text *in l.* 1. *§. ult. ff. ut in posses. legat. et in l. etsi* 6 *§. si filius ff. de bon. libert.* Hujus distinctionis prima pars verissima est: reliquas duas perpendamus: et a postrema ordiamur.

Quod existentia sui heredis vires suas exeret, et effectum habeat etiam quoad tertium, satis constat ex *l. si post mortem* 68 *§. sed si servo ff. de legat.* 1.
48 ubi quidam servo legavit post mortem domini. Dominus moriens eum servum testamento manumisit. Disputat ibi Cajus cui acquiratur legatum: utrum servo manumisso, an per servum hereditati. Distinguit autem inter heredem extraneum et suum. Si testator instituit heredem extraneum, acquiritur legatum per servum hereditati, et hereditati acquisitum postea pertinet ad heredem. Quod si institutus sit suus heres, quia eodem tempore cedit dies legati, et suus existit heres, tunc legatum ipsi servo manumisso acquiritur. Nam suus heres statim heres existit a morte testatoris, et ideo, cum statim fiat liber servus, sibi acquirit legatum, quod eodem tempore ac momento cedit, quo libertatem consequitur, et capax est acquisitionis. En igitur quod suitas, et existentia sui heredis vergit in commodum, et utilitatem servi, cui legatum acquiritur.

Rursus in *l. cum hereditate* 55. *ff. de acq. vel omit. hered.* datus erat coheres suo heredi. Coheres antequam fi- 49
lius abstineret, adivit hereditatem pro sua portione. Postea suus heres abstinuit. Si esset extraneus, et repudiasset hereditatem, pars ejus coheredi etiam invito accresceret. *l. un. §. his ita C. de caduc. toll. l. qui ex duabus §.* 1. *ff. de acquir. hered. l. si ex pluribus ff. de suis, et legit. hered.* Sed quia suus heres abstinuit, qui antequam abstineret jam heres erat, excusatur coheres, qui portionem suam adivit, cum sciret alteram portionem suo heredi quaesitam: nec cogitur eam portionem suscipere. *d. l. cum hereditate.* Ne tamen destruatur illa regula, qua traditum est, neminem posse partem hereditatis suscipere, partem repudiare; sed aut totam agnoscere debere, aut a tota recedere; *l.* 1. *et* 2. *ff. de acquir. hered. l. quidam in fin. C. de jur. delib. l. sed si plures §. filio ff. de vulgar.* constitutum fuit in ejus arbitrio, utrum portionem vacantem accipere velit, an ommittere portionem, quam accepit. Imo si creditores dicant, se contentos parte vacante, poterit portionem suam retinere, et ommittere portionem vacantem, quae inter creditores distribuetur. Constat igitur, suum heredem, adeo antequam abstineat, heredem existere; ut nihil objici possit coheredi, qui reliquam portionem adivit, cur putaverit, divisam jam esse hereditatem, nec cogitaverit, eam vacare posse per beneficium abstinendi. Quod pariter constitutum est in extraneo minore, qui adivit hereditatem: licet enim per restitutionem in integrum possit eam ommit- 50
tere; tamen quia ante restitutionem vera heres erat, non cogitur coheres portionem ejus vacantem beneficio restitutionis suscipere. *l. si minor. ff. de acquir. hered.* Non minus igitur heres existit suus heres, antequam se abstineat, quam

minor, qui adivit hereditatem, antequam restituatur. Atque hoc prodest coheredi, qui non cogitur invitus suscipere partem vacantem.

Alterum exemplum, in quo suitas, et existentia sui heredis parit effectum quoad tertium, peti potest ex *l. qui in aliena*
51 6. §. *interdum ff. de acquir. vel omit. hered.* Hereditas delata filio et servo non acquiritur patri et domino, nisi eorum jussu adeatur, ne aeri alieno inviti obligentur. *d. l. qui in aliena in princ. l. si quis mihi* 25. §. *jussum ff. de acquir. hered.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. cuiq. acquir. l. acquiruntur* 10. §. *igitur ff. de acquir. rer. dom.* Si tamen delata sit hereditas suo heredi, statim eam acquirit patri, non solum sine jussu ejus, sed etiam ignoranti, et invito, *d. l. qui in aliena* §. *interdum.*

Denique suus heres, etsi decesserit, antequam se misceret bonis paternis, aut abstineret; imo etsi decesserit, antequam sciret, patrem defunctum fuisse, tamen
52 transmittit hereditatem ad heredes ex testamento, vel ab intestato: *l. de hereditate* §. *filiusfam. ff. de castr. pecul. l. ex militari* 11. *et l. seq. de milit. testam. l. qui duos* §. *cum in bello ff. de reb. dub. l. Lucius* 9. *ff. de jure fisc. l.* 2. *si quis ex liberis ff.* ad *S. C. Tertull. l. apud hostes C. de suis, et legit. hered.* cum contra heres extraneus hereditatem non aditam non transmittat. *l. quoniam sororem l. si infanti* §. *sin vero C. de jur. delib. l. un.* §. *in novissimo C. de caduc. tollen.* Suitas igitur hunc operatur effectum quoad heredes, ut ad eos transmittatur hereditas, etiamsi suus heres mortuus sit, antequam hereditati se immisceret.

Et quamvis Bartolus, et alii putent, hunc ex suitate proficisci, quia respicit favorem, et commodum sui heredis transmittentis; tamen eos satis docte reprehendit doctissimus Antonius Faber *de*
53 *error. Pragm. decad.* 31. *error.* 9. quia pertinet ad commodum sui heredis solum transmissio hereditatis opulentae, et lucrosae, non hereditatis damnosae: et tamen quaelibet hereditas etiam damnosa transmittitur. Incertum est igitur commodum sui heredis: at certus est, et indubitatus effectus suitatis quoad heredes, ad quos hereditas transmittitur.

Ex his constat, quod existentia sui heredis operatur, et suos effectus producit etiam quod tertios. Nec contrarium traditum est in legibus, quae a Bartolo contra afferuntur. Nam *in l.* 1. §. *ult. ff. ut in possess. legat. et in l. etsi* 6. §.
si filius ff. de bon. liber. agitur de he- 54
reditate, a qua filii abstinuerunt. Postquam suus heres abstinuit, Praetor plerosque effectus suitatis impedit, quia etsi maneat heres jure Civili; tamen a Praetore heredis loco non habetur. *l. si filius ff. de interrog. action.*

Altera quoque pars distinctionis falsa est. Nam quod existentia sui heredis vires, et effectum habeat etiam quando agitur de incommodo, damnoque sui heredis, probatur evidenter ex *l. si post mortem*
§. 1. *ff. de legat.* 1. quam supra expo- 55
suimus. Ibi enim legatum, quod acquireretur heredi, si heres esset extraneus, acquiritur ipsi servo: quando institutus est suus heres. Nocet igitur ipsi suitas, cum amittat legatum, quod esset acquisiturus.

Praeterea suus heres acquirit hereditatem, etiamsi furiosus fit: *l. furiosus*
63. *ff. de acquir. hered.* et pupillus ac- 56
quirit sine tutoris auctoritate, et non solum acquirit, sed hereditati obligatur, *l. more* 8. *ff. de acquir. hered.* Imo etsi fuerit institutus sub conditione potestativa, potest sine tutoris auctoritate conditionem implere, licet, impleta conditione fiat heres necessarius, quia fit heres jure potestatis, non impletae conditionis. *l. conditioni* 5. *ff. de cond. et demonstr.* haec autem vergunt in damnum, et incommodum pupilli et furiosi. Nam quod pupillus hereditatem adire non possit sine tutoris auctoritate, in ejus favo-

rem, et commodum constitutum est: tum ne creditoribus haereditariis obligetur; tum ne suscipiat damnosam hereditatem; tum ne vexationibus, insidiis, negotiorum multitudini, offensis, invidiae fiat obnoxius. *l. quia poterat 4. in fi. ff. ad S. C. Trebell. d. l. more 8. ff. de acquir. hered. l. si hereditatem 22. ff. mand. l. obligari 9. §. hereditatem ff. de auctor. tut. §. neque tamen Instit. tit. eod.* Nam si acquirere hereditatem non esset periculosum, damnosumque pupillo, posset etiam extranei hereditatem adire sine tutoris auctoritate. *princ. tit. Instit. de auct. tut. §. nunc admonendi Instit. tit. quibus alienar. lic. vel non §. pupillus Inst. tit. de inut. stipul. d. l. obligari 9. ff. de auct. tut. l. contra 28. ff. de pact. l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. dom.* Quod et in furioso et prodigo constitutum est. *l. is cui bonis. de verb. oblig.* Et confirmatur, quia per servos nostros melior conditio nostra fieri potest,
57 non deterior; *l. melior ff. de R. J.* et ideo servi nostri, nobis etiam ignorantibus et invitis, acquirunt; *l. servus vetante ff. de V. O. l. acquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dom. §. item vobis Inst. tit. per quas person. cuique acqu.* hereditatem tamen nobis non acquirunt ignorantibus et invitis, ut supra diximus: igitur per acquisitionem hereditatis non fit melior conditio nostra. Et utcumque sit de universitate hereditatis, certe quod quis aeri alieno obligetur, quod evenit per hereditatem, id non respicit ejus favorem, nec ejus conditionem meliorem facit. *l. qui in aliena in princ ff. de acquir. hered.* Et cum periculosa sit acquisitio hereditatis, maxime expedit pupillo hac in re consilium et auctoritas tutoris. Hoc autem contra utilitatem pupilli suitas operatur, ut hereditati obligetur etiam sine tutoris auctoritate, *l. more ff. de acquir. hered.* et obligetur etiam invitus. *l. lege Cornelia ff. de testam.*

Tertio, quod aliquae competant creditoribus hereditariis actiones, id vergit in ejus incommodum: sed in suum heredem competunt actiones etiam ante immixtionem, hoc est sola potestate suitatis. *l. ita* 58
tamen 27. §. si pater filium ff. ad S. C. Trebell. ibi: *quare etsi non immiscuerit se hereditati, nihilominus actiones, quae ei et in eum competebant, ad Sempronium transferuntur.*

Confirmatur ex *l. 2. ff. de condict.* 59
furtiv. ibi: *condictioni ex causa furtiva, et furiosi et infantes obligantur, cum heredes necessarii extiterunt.*

Huic certae, stabilique sententiae quae opponuntur, accurate perpendamus. Primum opponunt text. in *l. pecuniam 36. ff. de reb. cred.* ubi, si pecuniam, quam mihi pure debes, jussu meo promittas Titio sub conditione; pendente conditione frustra tecum ago: quia, cum incertum sit, an conditio adjecta stipulationi Titii sit extitura, incertum quoque est, an à te possit exigere pecuniam. Existente enim conditione adjecta promissioni Titii, a Titio est exigenda pecunia, non 60
à te. Interim igitur, si petam, ante tempus peto. Eadem ratione, quia potest suus heres abstinere, quamdiu hoc incertum est, conveniri utiliter non potest, quia, si abstinuerit, adversus eum Praetor actionem daturus non est.

Sed hoc argumentum nimis probat. Nam et pupillus, qui se immiscuit paternae hereditati, non posset etiam post immixtionem conveniri a creditoribus hereditariis, quia etiam post immixtionem habet beneficium abstinendi. *l. necessariis ff. de acquir. hered.* Et minor non 61
posset pariter conveniri, etiam postquàm se immiscuit, quia per restitutionem in integrum ipse quoque potest uti beneficio abstinendi, et derelinquere hereditatem. *d. l. necessariis §. sed tamen.* Imo, quod magis est, etiam postquam suus heres se abstinuit, creditores non possent exercere suas actiones; quia suus heres, qui abstinuit, potest, si major sit, intra triennium repetere hereditatem, quam dereli-

62 quit: si minor, retinet hanc facultatem repetendi hereditatem, seque immiscendi bonis paternis usque ad annum tricesimum secundum exactum. *l. si quis servi ff. de jure delib. l. ult. C. de repud. hered.* toto igitur hoc tempore non possent creditores suas actiones exercere, quia incertum est, an suus heres sit habiturus hereditatem. Quae omnia oppidò sunt absurda.

Fallax igitur est argumentum: neque enim exemplum deductum ex *l. pecuniam ff. de reb. cred.* simile est rei, de
63 qua agimus. Qui pecuniam, quam mihi pure debet, jussu meo promittit alteri sub conditione, mihi manet obligatus sub contraria conditione, ut notatur in *d. l. pecuniam.* Quod enim sub conditione adimitur, sub contraria conditione datum videtur. *l. aliquando in fin. ff. de condit. et demonstr. l. quod pure 6. in princ. ff. quando dies leg. ced. l. si quis ita* 13. *in fin. ff. de statu lib. l. si post mortem* 68. §. *si pure ff. de legat.* 1. Atque haec contraria conditio, quae tacite adjicitur per ademptionem conditionalem, habet vim verae conditionis, et suspendit actum in incertum eventum, et impedit legati transmissionem. *d. l. si post mortem* §. *si pure ff. de leg.* 1. *d. l. quod pure in princ.* juncto. §. 1. *ff. qua. dies leg. ced.* Quod multo magis obtinet in contractibus, in quibus conditio retrotrahitur ad tempus
64 celebrati contractus. *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. et com. rei vend. l. sub conditione* 16. *ff. de solut.* Cujus rei effectus scitu dignissimos habemus in *l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. quae legata* 18. *in fin. ff. de reg. jur. l. ult. ff. de stip. servor. l. potior.* 11. *ff. qui potior. in pign. hab.* Nam in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de reg. jur.* Quod non evenit in legatis, in quibus spectatur tempus evenientis conditionis, nec ea retrotrahitur. *l.* 3 §. *ult. l. si usufructus* 14. §. *ult. ff. qua dies leg. ced. l. si legati* 28. *ff. de pignor.*

Hinc constat, cur agi non possit contra primum promissorem, licet pure obligatum, quando ejus obligatio novata est 65
sub conditione: quia, licet initio pure promiserit; tamen per novationem conditionalem injecta est ejus promissioni contraria conditio, et perinde habetur, ac si sub conditione promisisset. Et, si existat conditio novationis, ejus obligatio videtur perempta jam tum ab initio tempore celebratae novationis. *l. sub conditione* 16. *ff. de solut.* ibi: *sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus.* Quapropter permittendum non est, ut conveniatur eo tempore, quo eum debitorem non fuisse apparebit, existente conditione.

Nihil simile est in beneficio abstinendi. Nam beneficium abstinendi non efficit, ut suus heres existat heres sub conditio- 66
ne, si non abstinuerit. Ut enim probavimus, antequam abstineat, ipso jure est heres, et jam acquisivit hereditatem. Nec acquisitio hereditatis recipit conditionem. *l. eum qui* 51. *in fin. ff. de acquir. hered.* Et adeo verum est, beneficium abstinendi non efficere, ut ab initio heres non sit: ut etiam, postquam se abstinuit, maneat heres jure civili. *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.* Beneficium abstinendi prodest volentibus. §. *sui vers. sed his, Inst. tit. de hered. qual. et differ.* Antequam velint, nihil eis prodest. In *l. pecuniam ff. de reb. cred.* novatio facta fuerat voluntate debitoris: itaque constabat, eum voluisse liberari ab obligatione, existente conditione. Si eodem modo constaret et de voluntate sui heredis abstinere volentis, utique et ipsi prodesset contra creditores hoc beneficium: sed si non constat de hac voluntate, ipse eam probare debet: praesertim quia et dum convenitur, abstinere potest, atque ita eludere creditores, a quibus convenitur. Tunc enim creditoribus incumbet onus probandi immixtionem, per quam amiserit beneficium abstinendi.

Neque ad rem facit, quod spes sit futurum, ut abstineat. Neque enim spes haec ipsum liberat, sed abstentio: nec spes prodesse potest ei, in cujus est potestate actus, per quem consequi potest emolumentum, quod per spem consequi
67 desiderat. Atqui ut spes solutionis non liberat debitorem, sed ipsa solutio; nec eo minus conveniri potest a creditoribus, quod speretur eum soluturum: sic non spes abstinendi liberat suum heredem, sed abstentio; nec eo minus conveniri poterit a creditoribus, quod speretur futurum ut abstineat. Unde nemo non videt, quam dispar sit ratio novationis initae sub conditione: quia hic spes novandae obligationis non est vana et pendens a sola potestate faciendi aliquid, quod factum non est, qualis est spes abstinendi: sed est spes innixa jam contractae stipulationi. et novationi, quae amplius retractari non potest, et eveniente conditione necessario liberat debitorem. Stipulatio vires capit ab initio, *l. ususfructus* 26. *ff. de stipul. servor.* et in ea spectatur initium. *l. non omne* §. 1. *ff. de reg. jur.*
68 Quapropter stipulatio jam contracta praestat firmum ac stabile fundamentum spei, quam habet debitor de liberatione. Ceterum si novata non esset obligatio, seu interposita novandae obligationis causa stipulatio, nihil debitori prodesset, quod novare posset aut solvere; et spes in hac potestate fundata, inanis prorsus esset et inutilis. Eademque ratione inanis est et inutilis spes fundata in potestate abstinendi.

Nec obstat, quod istud beneficium abstinendi et ejus exceptio, insit a principio cuilibet hereditati, quae filio defertur et ideo possit dici pars substantialis ipsius actus, et suppleri a Judice etiam parte non opponente; argumento text. in *l.* 1. §. 1. *versic. nam dies ff de edend.* ut subtiliter animadvertit Gomez. *variar. Resol. tom.* 1. *cap.* 9. *num.* 25.

Enimvero fateor ingenii mei tarditatem: non intelligo, quid supplere possit Judex, neque perspicio, quid probet hujusmodi argumentum. An Judex supplebit suum heredem habere beneficium abstinendi? At hoc non liberat suum heredem, qui 69
jam non obstante hoc beneficio heres extitit ipso jure, ut probavimus. An suppleat Judex suum heredem abstinuisse? At supponimus, ipsum vere non abstinuisse? Uno verbo argumentum supponit id, quod quaeritur, et verum esse id, de quo disputatur: nam si solum beneficium, et potestas abstinendi liberat, et tuetur suum heredem a creditoribus; si non est necessarius ipsi actus abstinendi, verissima sunt omnia, quae in argumento assumuntur, et concluduntur. Sed hoc ipsum est, de quo disputamus. Enimvero cum beneficium abstinendi non operetur, nisi volente suo herede, antequam velit, non potest parere exceptionem: quia antequam velit abstinere, non vult liberari a creditoribus. Unde igitur nascatur haec exceptio? Postquam autem voluit abstinere, ne tunc quidem vere parit exceptionem: sed a Praetore non dantur actiones adversus suum heredem, qui abstinuit. *l. necessariis ff. de acquir. vel om. hered.* Itaque haec exceptio est 70
merum commentum nostrorum interpretum. Quo jure igitur a judice suppleatur? Nec illud intelligo, cujus actus dici possit pars substantialis haec exceptio, cum in suo herede nullus actus requiratur, ut heres existat, sed sit heres ipso jure, ut luculenter initio demonstravimus.

Sed rursus opponunt, quod hoc beneficium abstinendi cum sit a jure inductum, non requiritur, ut exprimatur, vel opponatur ab homine; sed semper operatur effectum suum, nisi constet de immixtione. Confirmant autem hoc per text. 71
in *l. ei qui se in princ. ff. de acquir. vel om. hered.*

Ad hoc satis supra respondimus, ubi demonstravimus, quantum hac in re differat potestas legis a potestate et auctoritate Praetoris. Lex enim ipso jure, et

sine ullo facto atque opera hominis efficit, quod vult. Praetor autem numquam ipso jure operatur, praesertim quando aliquid molitur contra jus Civile, quod potest mollire, ac mitigare, non evertere.
72 *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis.* Adeoque numquam aperte legem oppugnat, sed per cuniculos; et non directo obviam it legibus, sed per anfractus, propositis quibusdam remediis, quibus subvenit miseris, et rigore juris oppressis. Sed hoc fieri non potest fine aliquo facto hominis, quod percurrenti totum jus Praetorium clare apparebit. Imo, et cum non agitur de emendando, et oppugnando jure civili; tamen jus praetorium ipso jure non operatur. Quamobrem licet stipulatio contraria stipulatione tollatur ipso jure, quia stipulatio juris civilis auctoritate nititur;
73 tamen pactum contrario pacto ipso jure non tollitur, sed necesse est, ut elidatur replicatione *l. si unus* 27. §. *pactus ff. de pact.* quia pacta nituntur Praetoris auctoritate. *l.* 1. *l. juris Gentium* 7. §. *ait Praetor ff. de pact.* Ac propterea, licet secundo pacto actum sit, ut res ad terminos, et praecepta juris civilis redigatur; tamen ipso jure non tollit prius pactum. Hoc enim proprium est solius legis, operari ipso jure. Praetor autem tanta auctoritate non pollet.

Ad textum autem in *l. ei qui se bonis ff. de acquir. vel omit. hered.* facilis
74 est et prompta responsio. In ea lege non quaeritur, an videatur se abstinuisse, qui se non miscuit, sed solum, an qui vult abstinere, debeat Praetorem adire, et ab eo impetrare beneficium abstinendi, sicut impetratur restitutio in integrum, sicut petitur bonorum possessio: et statuitur, necessarium non esse Praetorem adire, sed sola destinatione, et voluntate abstinendi frui posse suos heredes hoc beneficio. Ut enim supra diximus, eadem ratione, eodemque modo potest quis abstinere ab hereditate, quo potest heres extraneus adire hereditatem. De hoc agi constat in ea lege, quia Jurisconsultus probat hanc sententiam rescripto quodam, quo continebatur, non esse necessariam restitutionem pupillis adversus contractum avitum, si eorum pater constituerat non agnoscere paternam hereditatem, et neque quicquam amovit, neque pro herede gessit. Et merito: quia si constituit non agnoscere paternam hereditatem, et declaravit se abstinere; hoc ipso abstinuit; nec possunt ejus filii conveniri, sicut nec ipse conveniri potuisset. *l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hered.* Vel solum constituit non agnoscere hereditatem, sed tamen re vera non abstinuit, ut in l. *si servum* §. *Praetor ff. de acquir. hered.* et hoc casu si neque pro herede gessit, 75
neque quicquam amovit ex hereditate; quibus modis amittitur beneficium abstinendi; *d. l. si servum* §. *ait Praetor l. necessariis ff eod.* poterunt ejus filii abstinere, sicut ipse vivens abstinere potuisset; *l. si quis* 7. § *si filius ff. eod.* ac propterea non indigebunt restitutione, quae non datur illis, qui jure muniti sunt. *l. in causa* 16. *ff. de minor.* Sensus igitur ejus legis hic est: Ei, qui se 76
non miscuit haereditati, sive major, sive minor sit, semper liberum est se abstinere. Nec cogitur Praetorem adire; neque ut ab eo restituatur in integrum: quia ei, qui se non miscuit, in integrum restitutio necessaria non est, sed solum ei, qui se miscuit; *l. necessariis* §. 1. *ff. de acquir. hered.* neque ut ab eo obtineat hoc beneficium, quia hoc a Praetore impetrare non est necesse, cum 77
Praetor hoc largiatur omnibus volentibus eo uti. §. *sui autem. versic. sed his. Instit. tit. de hered. qual et differ.*

Imo, ut dicam quod sentio, et quod nostri non animadvertunt, existimo in ea lege solum agi de restitutione in integrum, et hoc tantum ab Ulpiano defi- 78
niri, non esse necessariam in integrum restitutionem ei, qui se non miscuit hereditati: licet enim sit heres ipso jure; tamen non debet a se amovere hereditatem adeundo Praetorem, et petendo

ab eo restitutionem, cum possit liberari abstinendo ab hereditate: qua de re copiose etiam agitur in *l. necessariis ff. eod.* Multa sunt; qui conjecturam hanc facio. Primum ea lex deprompta est ex libro uudecimo Ulpiani ad Edictum, quo in libro Ulpianum exposuisse edictum Praetoris de restitutionibus in integrum, satis constat ex *l.* 1. *ex l. denique* 3.
79 *ex l. si tamen* 5. *ex l. ait Praetor.* 7. *ex l. si ex causa* 9. *ex l. verum* 11. *ex l. in causae* 13. *ex l. minor autem* 18. *et duabus seqq. l. integrum* 22. *ff. de minor.* in quibus copiose, et enucleate pertractatur materia restitutionis in integrum, quae minoribus datur; atque omnes depromptae sunt ex libro undecimo Ulpiani ad Edictum. Libro autem duodecimo pertractavit Ulpianus de restitutione, quae majoribus a Praetore datur, ut constat ex *l.* 1. 3. 5. 7. 10. 12. 15 17. 21. 23. 26. 28. *ff. ex quibus caus. major.* Praeterea in rescripto, quod allegatur in ea lege, aperte tractabatur solummodo de restitutione in integrum. Denique et verba illa, *non esse necesse Praetorem adire*, maxime conveniunt petitioni restitutionis in integrum. *l. verum* 11. § *ex facto l. Papinianus* 20. *ff. de minor. l.* 3. *C. si minor se major. dixerit.*

Non dissimile est argumentum, quod petunt ex *l.* 1. *C. si minor. ab hered. se abstin.* ibi: *si vos paternae hereditati non immiscuistis, ob eam rem testificatio necessaria non fuit, cum fides*
80 *veritatis verborum adminicula non desideret. Quod si pro herede gessistis, vel bonorum possessionem accepistis, propter aetatem, cui subveniri solet, in integrum restitutionis auxilium accipere debetis.*

Non dissimilis etiam responsio. Suus heres volebat abstinere ab hereditate. Respondent Imperatores, quod si minor est, et pro herede gessit, debet petere restitutionem in integrum, sine qua amplius abstinere non potest. *d. l. necessariis.* Si vero pro herede non gessit, hoc est, paternae haereditati se non immiscuit, non indiget restitutione, etiamsi non fuerit testificatus, nolle se immiscere. Ut 81
enim quis possit abstinere, sufficit, eum se non miscuisse: et omnis testificatio supervacanea est, quia veritas non desiderat verborum adminicula. Quod si quis contendat, eum abstinere non potuisse; ipse, qui hoc contendit, probare debet, eum, antequam abstineret, se immiscuisse, quia per immixtionem amittitur beneficium abstinendi; sufficit sola veritas, hoc est, ut vere se non immiscuerit. Quibus expositis non video, quid obstet nostrae sententiae.

Nullius quoque momenti est alterum argumentum petitum ex *l. si filius* 12. *ff. de vulg.* ibi: *etenim jus dicenti propositum est liberos oneribus haereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere.* Etenim in ea quoque lege agitur de filio volente abstinere ab hereditate paterna. Constat id ex principio ejusdem legis, ibi: *si filius, qui patri, ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fratris autem retinere malit.* Quaestio igitur ibi propo- 82
sita est, an filius possit abstinere hereditate patris, et retinere hereditatem fratris: et respondet JC. posse: quia Praetori propositum est liberos oneribus hereditariis liberare, non invitos ab hereditate removere. Quos liberat oneribus hereditariis? nempe abstinentes et recusantes hereditatem patris. Quos non removet invitos? nempe volentes retinere hereditatem. Imo retorqueri potest argumentum. Nam ibi JC. promiscue accipit, filium recusare patris hereditatem, et eum liberari oneribus hereditariis. Cum enim quesierat, an recte recuset patris hereditatem; respondet, recte recusare, quia Praetori propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare; Ergo liberat solum recusantes. Etenim si liberaret etiam non abstinen-

tes, absurda esset illa responsio, et aliena a quaestione proposita, nec eam solveret Plane hoc in errorem induxit interpretes nostros, quod ea, quae in juro nostro tradita sunt de filiis abstinentibus, acceperunt perinde ae si dieta esseut de non abstinentibus.

Denique non obstat textus in *l. nam nec emancipatus* 87. *ff. de leg.* 1.
83 Nam et ibi agitur de filio abstinente.
Proponitur in duabus legibus antecedentibus quaestio, an, si filio instituto pater legatum reliquerit, et filius abstinuerit hereditate, possit legatum petere? Respondet posse. Sicut enim emaneipatus potest, omissa hereditate, legatum
84 petere; ita et suus heres abstinens ab hereditate, potest legatum petere: quia filiis abstinentibus tribuit Praetor idem ae emancipatis: hoc est idem ae si habuissent liberum arbitrium adeundi hereditatem. Sed hoc tribuit abstinentibus, quia, ut supra diximus, beneficium suum Praetor impertitur solummodo volentibus

CAPUT X.

Ad l. filio praeterito 17. ff. de injust. rupt.

SUMMARIUM.

I. Filio praeterito se abstinente, ex bono et aequo voluntas testatoris est servanda.
II. Voluotas testatoris servari potest non solum ex testamento, sed etiam ab intestato.
III. Si quis omissa causa testamenti possideat ab intestato haereditatem, Practor toetur defuncti voluntatem quoad legata.
IV. Aliud exemplum.
V. Quomodo possit servari ex testameolo?
VI. Proponuntur tres seotentiae.
VII. Praeterito abstinente testamentum jure civili non coovalescit.
Praeterito suo herede testamentum est ipso jure nullum.
VIII. Et non potest convalescere, cum numquam fuerit testamentum.
IX. Defuoctorum actus in suspenso esse non possunt.
X. Testamentum ab initio nullum, aut postea ruptum, irritumve, nunquam jure civili convalescit; probatur exemplis.
XI. Proponitur exceptio in casu captivitatis.
XII. Et in casu restitutionis damnatorum.
XIII. Praeterito decedente aote patrem non convalescit testamentum.
XIV: Etiamsi praeteritus sit posthumus.
XV. Suus est heres, et antequam abstineat, et postea. et 31.
XVI. Non valet bujosmodi testamentum: si filius meus me vivo decesserit, Titius heres esto.
XVII. Institutio et exheredatio liberorum sunt de forma.
XVIII. Forma hominum arbitrio mutari non potest.
XIX. Conventione patris et filii fieri non potest, ut liceat filium praeterire. et 23.
XX. Filius non potest institui sub conditione, quae non sit in ejus potestate.
XXI. Conditiones impossibiles, et turpes detrahuntur ab ultimis voluntatibus.
XXII. Filios non potest institui sub conditione turpi, vel impossibili.
XXIII. Forma testamenti praescripta est a legibus.
XXIV. Testamenti factio est juris publici.
XXV. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. et 46.
XXVI. Non potest patronus liberto permittere, ut ae praetereat.
XXVII. Patroni institutio non est de forma testamenti, et ideo valet testamentum, in quo praeteritus est patronus.
XXVIII. Quae fiunt ipso jure, etiam nobis invitis fiunt: et explicatur.
XXIX. Beneficium abstinendi est a Praetore.
XXX. Non potest Praetor efficere, ut valeat jure civili, quod eo jure improbatur.
XXXII. Si valet testamentum, non potest esse locus intestatae successioni.
XXXIII. Nemo potest abstinere ab hereditate, nisi jam quaesita.
XXXIV. Defunctus decedit intestatus, cum testamentum non valet.
XXXV. Unusquisque potest renunciare suo beneficio.
XXXVI. Volenti non fit injoria.
XXXVII. Emphyteusis per non solutionem Canonis recidit solum volenti domino.
XXXVIII. Valet alienatio, facta cum consensu vocatorum, si eorum favore fuit interdicta.
XXXIX. Judicium coovalescit, si domious ratum habeat, quod gessit procurator.
XL. Testamentum propter praeteritionem nollum est, noo propter injuriam factam filio.
XLI. Majori iojuria afficitur exheredatus, quam praeteritus.
XLII. Nollum pariter non est favore filiorum.
XLIII. Affertur ratio, cur testamentum vitiaet praeteritio, non exheredatio. et o. 45.
XLIV. Duo in solidum domini, aut heredes esse non possunt.
XLVI. Nemo potest renunciare suo favori, quando respicit jus publicum.
XLVII. Probatur exemplis.
XLVIII. Conditiones aliae sunt suspensivae, aliae resolutivae: et harum exempla.
XLIX. Nullitas testameoti non pendet a conditione resolutiva.
L. Noo datur conditio resolotiva nullitatis.
LI. Jus est, quod bonum et aequum est.
LII. Haec descriptio convenit juri civili in genere.
LIII. Jus civile io specie saepe opponitur aequitati.
LIV. Quod ipso jure oullum est, non rumpitur.
LV. Ipso jure rumpi dicitue id, quod ipso jure non valet.
LVI. Aliud est rumpi ipso jure: aliud ex post facto resciodi.

*Filio praeterito; qui fuit in patris po-
testate, neque libertates competunt, ne-
que legata praestantur, si praeteritus
fratribus partem hereditatis avocavit:
quod si bonis se patris abstinuit, licet
subtilitas juris refragari videtur, atta-
men voluntas testatoris ex bono et aequo
1 tuebitur.* Constat ex hac lege, filio prae-
terito se abstinente voluntantem testatoris
tuendam esse. Potest voluntas testatoris
defendi, et observari vel ex testamento,
2 vel ab intestato. Ab intestato; quemad-
modum, cum quis omissa caussa testa-
menti ab intestato possidet hereditatem:
tuetur enim Praetor defuncti voluntatem
3 quoad legata, perinde ac si ex testa-
mento hereditatem adivisset; *l.* 1. *et toto
tit. ff. si quis omissa caus. testam.* que-
madmodum conservantur libertates, et fi-
4 deicommissa alumnae data in *l. in testa-
mento* 38. *ff. de fideicomm. libert.*

Ex testamento, si aut testamentum ju-
re civili convalescat abstinente filio prae-
terito, quod propter praeteritionem erat
5 ipso jure nullum; *l.* 1. *ff. de injust.
rupt.* aut a Praetore sustineatur data bo-
norum possessione secundum tabulas he-
redibus scriptis in testamento.

Si defenditur voluntas ab intestato,
corruit institutio, et solummodo legata
praestantur. Si convalescit jure civili te-
stamentum, omnia sustinentur, et heres
6 poterit adire hereditatem. Si sustinetur
jure praetorio, omnia pariter subsistunt,
sed non poterit ab herede scripto here-
ditas adiri, et confugere debebit ad bo-
norum possessionem secundum tabulas.
Hinc Interpretes nostri dividuntur in
tres classes: alii tum jure civili convale-
scere putant testamentum, tum jure prae-
torio: alii solum jure praetorio sustineri:
alii denique neutro jure subsistere, et
ab intestato defendi voluntatem defuncti.
Eam, quae inter duas media est, opi-
nionem probamus, quae et communis est,
et verior videtur: nempe jure praetorio
subsistere testamentum, si filius in eo
praeteritus bonis paternis abstineat. Pri-
mum autem probandum est, illud jure
civili nullum esse, eoque jure non con-
valescere, etiamsi filius praeteritus absti-
neat hereditate patris.

Quod jure civili non subsistat testa-
mentum, in quo prateritus est filius, id
passim in jure nostro traditum est, et
quidem sine ulla exceptione; unde con-
jectura consequi possumus, ipsum num-
quam subsistere, nullo casu convalesce- 7
re. *l. inter coetera* 30. *l. dum apud* 31.
ff. de liber. et post. l. si quis eum 16.
in fin. ff. de injust. rupt. l. ex facto
43. §. *Lucius Titius ff. de vulg. princ.
tit. Instit. de exhered. l. maximum
vitium in princ. et in* §. 1. *C. de li-
ber. praeterit.*

Nec dici potest, quod licet testamen-
tum sit ipso jure nullum, tamen filio ab-
stinente ex bono et aequo convalescat.
Quod enim numquam fuit, quod statim
nullius momenti fuit, convalescere non
potest. AEger potest convalescere: mor-
tuus potest reviviscere, sed qui numquam 8
natus est, neque convalescere potest,
neque reviviscere. Testamentum autem,
in quo praeteritus fuit filius, qui erat in
potestate, numquam fuit testamentum:
nam et ab initio nullius fuit momenti,
numquam valuit, semper fuit inutile. *l.*
1. *ff. de injust. rupt. l. si quis* 16. §.
ult. l. ex facto §. *Lucius ff. de vulg.
princ. tit. Instit. de exhered. liber.* Qua-
re nusquam in jure nostro traditum est,
hujusmodi testamentum pendere, et in
suspenso esse, sed semper inutile, et
nullius momenti, quia defunctorum actus
suspendi non possunt. *l. ult. in fin. ff.
commun. praed.* Suspenderetur autem, 9
et penderet ab approbatione filii, si eo
abstinente subsisteret, et non abstinente
corrueret.

Praeterea testamentum, quod jure ci-
vili nullum est, numquam convalescit:
imo etsi ab initio valuerit, si postea rup-
tum fuerit, amplius non reviviscit, etiamsi
removeatur causa, quae testamentum il-

lud evertit. Sic prius testamentum non convalescit, etiamsi posterius, quo ruptum fuit, irritum fiat. §. *posteriore Instit.*
10 *tit. quib. mod. testam. infirm.* Sic testamentum, quod per capitis diminutionem irritum factum est, etiam cessante, et sublata causa non convalescit jure civili, sed solum jure praetorio. §. *alio autem modo* juncto §. *non tamen Instit. eod. l. penult.* §. 1. *ff. de bonor. possess. secund. tabul. l. posthumus* 12. *versic. idem et circa ff. de injust. rupt.* Sic testamentum, in quo praeteritus est filius, non convalescit jure civili, etiamsi filius vivo testatore moriatur. *princ. tit. Inst. de exhered. liber. l. si filius* 7. *ff. de lib. et post.* Et hoc voluit significare Pomponius in *l. si primo* 8. *ff. de lib. et post.* illis verbis: *secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus.* Et Legislator noster in *princ. tit. Inst. de exheredat. liber.* ibi: *adeo quidem, ut si vivo patre filius moriatur, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet ab initio non con-*
11 *stiterit testamentum.* Solummodo convalescit testamentum, quod fuit factum irritum per captivitatem: sed necessaria fuit lex Cornelia, et jus postliminii ad ipsum confirmandum, quibus non tam confirmatur, quam fingitur, numquam fuisse irritum: cujus exemplo idem videtur constitutum etiam in restitutione damnatorum facta a Principe. *l. si*
12 *quis filio* 6. §. *quatenus penult. ff. de injust. rupt.* Ergo, si jure civili neque testamentum, quod initio fuit nullum, neque testamentum, quod postea factum est irritum, convalescit, remota ac sublata causa, propter quam testamentum non valet; dubitari non potest, ne quidem convalescere, cum filius abstinet ab hereditate.

Confirmatur, quia, etiamsi filius ille decessisset ante patrem, a quo fuit in testamento praeteritus, tamen testamen-
13 tum non convalesceret. *l. si filius* 7. *ff. de lib. et post. princ. tit. Inst. de exhered. liber.* Imo si praeteritus sit posthumus, initio, antequam nascatur, valet testamentum, et solum rumpitur nascente posthumo. §. *posthumi quoque. Instit. tit. de exhered. liberor. l.* 1. *C. de post. hered. instit.* Licet autem valeat initio, 14
licet rumpatur solum nascente posthumo, tamen ejus morte non reviviscit, neo ad pristinum statum redit *l.* 2. *C. eod.* Si testamentum non reviviscit morte filii, ob cujus praeteritionem nullum fuit, aut ruptum; quanto minus reviviscere poterit filii abstentione? Filius, qui mortuus est vivo testatore, nec heres est, nec esse potuit: filius, qui abstinet, et heres esse potuit, et heres fuit; antequam abstineret, statim a morte testatoris ipso jure;
l. 1. §. *qui sunt in potestate ff. si quis* 15
omis. caus. testam. l. si post mortem. §. 1. *l. quaesitum* 91. §. *praesenti ff. de legat.* 1. *l. Julianus* 86. *ff. de cond. et demonst. l. si optio* 13 *ff. de opt. legat.* et denique heres manet, etiam postquam abstinuit. *l cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideic. libert.*

Confirmatur evidentius. Si quis ita testatus fuerit: *si filius meus me vivo decesserit, Titius heres esto;* non valet hujusmodi testamentum. *l. si quis eum* 16. *in fin. de vulgar. et pupill.* Et tamen nullum videtur obstare impedimentum huic
testamento. Nam aut filius decedit vivo 16
patre, et tunc non potest obstare heredi, qui sub ea conditione est institutus, quae existit moriente filio. Aut non decedit, et tunc deficit institutio deficiente conditione. Itaque nec filius obstat heredi, nec heres obstat filio, quia ex natura institutionis simul concurrere non possunt: adeoque nec heres institutus excludit filium, nec filius heredem institutum. Sic igitur concludi licet. Non valet testamentum, quando heres institutus est in eum casum, in quo filius heres esse non potest: ergo multo minus valebit testamentum, quando ventum est ad eum casum, in quo, licet filius heres esse nolit, ta-

men vere heres fuit, et concurrit cum
herede instituto. Rursus probatur haec
sententia, quia institutio, et exheredatio
17 filiorum est de forma testamenti; *l. inter
coetera ff. de lib. et posthum.* forma autem
hominum arbitrio mutari non potest, quia
18 mutata forma actus interit. *l. Julianus*
9. §. *sed si quis ff. ad exhibend.* Quamobrem hac in re, et patris cautio inutilis est, *l. ult. ff. de suis, et legit he-*
19 *red.* et patris, et filii conventio. *l. si
quando* 35. §. *illud C. de inoff. testam.*
Praevalet enim privatorum cautioni, et voluntati legum auctoritas. *d. l. ult. ff. de suis, et legit.* Ergo, etiamsi filius maxime voluerit testamentum subsistere, tamen non proinde testamentum convalescet, quod contra legum auctoritatem factum est.

Confirmatur ex *l. filius* 15. *ff. de con-*
20 *dit. instit.* Non potest institui filius sub conditione, quae non est in ejus potestate. *l. suus* 4. *ff. de hered. instit. l. Lucius Titius* 83. *ff. de condit. et de-*
21 *mostr. l.* 4. *C. de instit. et substit.* Conditio impossibilis detrahitur a jure in institutionibus, *l.* 1. *ff. de condit. instit. l. cum in secundo in fin. ff. de injust. rupt. l. multa* §. 1. *ff. de condit et demonstr. l. quae sub conditione* §. *mortuo ff. de cond. instit.* sicut etiam detrahitur conditio turpis: nam omnes hujus generis conditiones pro non scriptis habentur. *l. non dubitamus ff. de condit. et demonstrat. l. conditiones, et l. pen. ff. de condit. instit. l. reprehendenda C. de instit. et subst. l. si a milite* 30. §. *edictum ff. de test. milit.* Si filius sit institutus sub conditione turpi, vel impossibili, videretur dicendum, valere institututionem, quia conditio illa pro non scripta habetur, eaque detracta manet
22 pura institutio. Tamen quia praeteritio filii est contra formam testamenti, et filius institutus sub conditione, quae non est in ejus potestate, pro praeterito habetur, conditio illa non detrahitur, et corruit testamentum. *d. l. filius* 15. *ff. de condit. instit.* Si igitur ad sustinendum testamentum nullum propter filii praeteritionem lex ipsa non detrahit conditionem, quam detrahere solet ex aliis testamentis; ne subsistat testamentum, in quo peccatum est contra formam ipsius testamenti; quanto minus poterit id sustineri sola voluntate filii abstinentis ab hereditate? Non videtur peccasse contra formam, qui adjecit eam conditionem, quae habetur pro non adjecta: sed tamen eo solo, quod adjecit illam conditionem, lex improbat, et evertit testamentum, et recusat detrahere conditionem, ad sustinendum testamentum. An igitur probabit testamentum, in quo filius non est institutus, sed praeteritus? in quo filius abstinet ab hereditate, cum reprobet illud, ex quo filius consequi posset hereditatem, quemadmodum eam consequuntur omnes alii, sub eadem conditione instituti? profecto id est plane absurdum.

Praeterea testandi facultas legibus certis est permissa, et a jure praescripta forma, quam tenemur observare; nec quisquam potest ei derogare, aut efficere, ut subsistat testamentum, in quo forma illa servata non est. *l. testandi C.
de testam.* Est enim juris publici factio 23
testamenti: *l.* 3. *ff. eod.* et jus publicum privatorum voluntate mutari non potest.
l. jus publicum ff. de pact. d. l. testandi 24
de testam. Non potest igitur filius abstinendo derogare juri publico, quo haec 25
forma testatoribus praescripta est, ut filios aut instituant, aut exheredent, alias testamentum nullius momenti fit. Facit ad rem text. *in l.* 2. §. *sed quia veremur C. de jurejur. propt. calumn.*

Hoc idem probat evidenter text. *in l.* 26
Paulus 47. §. *patroni ff. de bon. libert.* Patronus ob merita liberti concessit ei liberam testamenti factionem. Libertus patronum in testamento praeteriit. Respondit Paulus, libertum non fuisse consecutum liberam testamenti factionem: adeoque non impune patronum praeterit, etiamsi id fecerit voluntate ipsius patro-

27 ni. Patroni institutio non est de forma testamenti, et patroni praeteritione non evertitur testamentum, sed solum datur bonorum possessio contra tabulas. §. 1. et 3. *Instit. tit de success. libert.* Filii institutio est de forma testamenti, et filii praeteritio subvertit ipso jure testamentum, ut diximus. Sed patronus voluntate sua non potest efficere, ut impune praetereatur, ergo multo minus filius.

His addo, quod ea, quae fiunt ipso jure, fiunt etiam nobis invitis, et contra nostram voluntatem: supervacanea enim est omnis opera, et voluntas hominis in illis, quae ipso jure fiunt, et
28 ab ipsa lege. *l. sed et socius* 17. §. *ult. ff. pro soc.* Quapropter, quia filius est ipso jure heres patris, *l. nihil interest* 50. §. *longe ff. de bon libert* idcirco est heres patris etiam invitus §. *sui. versic. necessarii Instit. tit de hered. qual. et differ.* Sed testamentum, in quo praeteriti sunt liberi, evertitur ipso jure: *l. maximum vitium* §. 1. *C. de liber. praeter.* ergo evertitur etiam contra voluntatem filii. Item, quoties aliquid ipso jure rescinditur, non attenditur factum hominis, et semper idem jus est, sive quid factum fuerit, sive non fuerit. *l. mulieri, et Titio* 74. juncta *l. hoc modo* 64. §. 1. *ff. de condit et demonstr.*

Ad alia jam progrediamur. Primum est animadvertendum, quod in nostra *l. filio praeterito*, agitur de filio abstinente. Beneficium abstinendi est a Praeto-
29 re. §. *sui autem. versic. sed his Instit. de hered. qual. et differ. l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hered. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* 1.

Quomodo autem potest Praetor efficere suo beneficio, ut jure civili subsistat testamentum, quod ab eodem jure improbatur, cum Praetor juri civili derogare non possit? *l.* 1. §. 1. *ff. de feriis.* Potest quidem Praetor ipse appro-
30 bare testamentum; non tamen potest cogere jus civile ad approbandum: maxime quia Praetor heredem facere non potest. §. *quos autem Praetor Instit. tit. de bonor. posses.* Non potest igitur efficere heredem eum, qui scriptus est in testamento. Non potest autem subsistere testamentum, si heres esse non potest. *l.* 3. *versic., Calpurnius ff. de his quae in testam. delent.*

Secundo, quod filius, qui abstinet ab hereditate, non solum heres est, antequam abstineat, *l.* 1. §. *qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. testam.* sed etiam, postquam abstinuit, heres ma- 31
net. *l. cum quasi* §. *sed etsi suus ff. de fideicom. libert.* Est autem, et fuit heres ab intestato: ex testamento enim, in quo praeteritus est, heres esse non potest. Igitur, si testamentum jure civili convalesceret, ipsa esset jure civili heres ab intestato; et heredes scripti in testamento eodem jure civili essent heredes ex testamento, quod fieri non potest. *l. jus nostrum ff. de reg. jur.* Item si jus civile facit filium heredem ab intestato; eumque, etiam postquam abstinuit, pro herede habet, non potest comprobare et confirmare testamentum: neque enim locus esse potest successioni 32
ab intestato, si valeat testamentum, et successio ex testamento deferatur. *l. quamdiu ff. de acquir. vel omit. hered.*

Tertio, quod filius abstinet ab hereditate: a qua haereditate? certe ab hereditate jam acquisita. Abstinemus enim ab hereditate acquisita. *l.* 1. §. *si quis* 33
adita ff. ad SC. Tertull. l. jam dubitare 86. § *ult. ff. de hered. instit. l. cum hereditate* 55. *et l. penult. ff. de acquir. hered.* Sed cujus generis hereditatem acquisivit? non testamentariam, quia ea testamento defertur: ille autem in testamento non fuit institutus. Ergo ab intestato. Defunctus igitur decessit intestatus, quia hereditas ab intestato tunc tantummodo defertur, cum defunctus intestatus decessit. *Instit. tit. de hered. quae ab int. defer.* Defunctus autam decedit intestatus, cum testamentum non 34

valet. *princ. tit. Instit. eod. l.* 1. *in princ. ff. de suis et legit. hered.*

His probe constitutis, quae opponi possunt, argumenta confutemus. Primum autem, potest unusquisque contemnere ea, quae pro se introducta sunt; *l. si*
35 *judex ff. de minor.* et beneficio suo, suoque privilegio renunciare. *l. ult. C. de pact. l. invito ff. de reg. jur.* Poterit ergo filius approbare testamentum patris, in quo praeteritus est: quod enim sit nullum propter praeteritionem, favore filii videtur introductum. Item propter injuriam factam filiis, a lege impro-
36 batur testamentum. *Authent. ut cum. de appel. cogn. §. haec autem. in princ.* Sed volenti non fit injuria: *l.* 1. *§. usque adeo ff. de injur.* et omnis injuria remissione aboletur. *l. non solum* 11. *§.* 1. *ff. de injur. § haec actio. tit. eod. l. qui res* 98. *§. aream ff. de solut.*

Confirmatur exemplo emphyteusis, in qua si emphyteuta per biennium canonem non solvat, decidit ab emphyteusi:
37 sed quia hoc respicit commodum domini, decidit solum, si Dominus voluerit.
38 *l.* 2 *C. de jure emphyteut.* Item si alienatio rei, fideicommisso subjectae, sit interdicta favore fideicommissariorum, consentientibus fideicommissariis valebit alienatio *l. quoties ab omnibus* 11. *C. de fideicom. l. cum pater. § libertis ff.*
39 *de leg.* 2. Non valet judicium, si procurator agat sine mandato. *l. licet. C. de procurat.* Si tamen dominus ratum habeat, quod gestum est, convalescet. *l. licet. ff. de judic.*

Nullius momenti est argumentum. Falsum est enim, quod assumitur. Testamentum, in quo praeteritus est suus
40 heres, nullum est: non tamen favore ipsius filii, aut ad vindicandam ejus injuriam. Hoc admisso illud consequens esset, etiam filio exheredato nullum esse debere testamentum: magis enim afficit injuria filium, qui eum nominatim exheredat, et expresse repellit ab hereditate, quam qui silentio praetermittit, et ad hereditatem non vocat. Major est injuria quemquam expellere, quam non invitare. Itaque in *Auth. ut cum. de* 41
appellat. cognosc. §. haec autem, non de praeteritione agitur, sed de exheredatione, quae vere injuria est, et ad quam vindicandam datur querela inofficiosi. Et tamen praeteritio vitiat testamentum, exheredatio non vitiat. *l. inter coetera ff. de liber. et posthum princ. tit. Instit. de exhered. liber.*

Illud quoque falsum est, favore filiorum constitutum fuisse, ut propter praeteritionem nullum sit testamentum. Quid enim rei est, cur non sit pariter nullum et propter exheredationem? cur liberi praeteriti veniant ab intestato, et quidem etiam inviti? *§. sui autem. in* 42
fin. Instit. tit de hered. qual. et differ. Sane beneficium omne desinit esse beneficium, si cogas: beneficium enim invito non datur *l. invito ff. de reg. jur.* Et vero quod beneficium est, ut filius cogatur etiam damnosae hereditatis onus subire? Itaque Praetor misertus liberorum, ut eos removeret ab oneribus non sponte susceptis, abstinendi beneficium introduxit. *l. si filius* 12. *ff. de vulgar.* Enimvero si beneficium est id, quod Praetor ipsis pollicetur, ut abstinere possint ab hereditate; non est beneficium necessitas suscipiendae hereditatis. Hac autem necessitate fit, ut nullum sit testamentum, in quo filius est praeteritus.

Quod igitur testamentum sit nullum ob praeteritionem liberorum, id certa juris ratione constitutum est, non favore liberorum. Etenim cum filius, et pater eadem persona censeantur, *l. ult. C. de impuber. et al. substit.* filius etiam vivo patre quodammodo dominus bonorum paternorum fingitur; ac propterea ejus morte filius non tam dominium acquirit bonorum paternorum, quam eorum liberam administrationem. Dominium enim 43
non transfertur in filium moriente patre, sed continuatur. *l. in suis* 11. *ff. de liber. et post. §. sui autem Instit.*

tit. de hered. qual. et differ. Non potest igitur pater dominium in alium transferre, eum heredem instituendo, nisi prius ipsum adimat filio: cum non possint esse duo domini in solidum. *l. si ut certo §. si duobus ff. commod.*
44 Et cum filius sit heres patris ipso jure statim a morte patris. *l. in suis ff. de suis et legit. hered. l. nihil interest. §. longe ff. de bon. libert.* non potest heres esse ille, quem pater instituit in testamento, quia duo heredes in solidum esse non possunt. *l. quod contra* 141. *ff. de reg. jur.* Necesse est igitur, non valere ejusmodi testamentum, quod heredem non habet. *l.* 3. *versic.* Calpurnius *ff. de his quae in testam. del.* Hinc praeteritio vitiat testamentum, non vitiat
45 exheredatio. Nam qui filium exheredat, eum removet ab hereditate, *l. non putavit. in princ. ff. de bonor. poss. contr. tab.* adeoque remoto filio locum facit heredi, quem instituit. At, qui filium silentio praetermittit, neque eum removet ab hereditate, neque ab eo dominium avocat; adeoque nec heres institutus heres esse potest, nec in eum transferri dominium, quod continuatur in filium.

Praeterea etsi demus, id favore filiorum fuisse constitutum; tamen illud proinde non consequitur, filium posse huic favori renunciare, adeo ut hac renunciatione reviviscat testamentum, quod erat ipso jure nullum. Nemo enim potest sua renunciatione aut mutare solemnia juris, aut formam actus: quia cum haec a lege praescribantur, hominis voluntate mutari, et perverti non possunt. *l. ne-*
46 *mo potest ff. de leg.* 1. Nam licet respiciant etiam favorem singulorum, tamen respiciunt etiam jus publicum, quod privatorum pactis mutari non potest. *l. jus publicum ff. de pact. l. ult. ff. de suis et legit. hered.* Quare licet solemnitas septem testium constituta sit favore testatoris, ne qua fraus, aut dolus obrepat; *l. ult. C. de fideicom.* tamen testator huic solemnitati renunciare non potest, nec cavere, ut sustineatur testamentum sine hac solemnitate. *l. si unus C. de testam.* Licet necessitas instituendi patronum vergat in favorem patroni; tamen hanc necessitatem patronus remittere non potest. *l. Paulus* 47. *§. Patro-* 47
ni ff. de bon libert. Licet querela inofficiosi testamenti tendat in favorem filii exheredati, tamen filius patri nequit hoc jus remittere. *l. si quando* 35. *§. illud C. de inoff. testam.* Licet jusjurandum respiciat favorem litigantium, tamen ipsorum conventione huic renunciari non potest. *l.* 2. *§. sed quia veremur C. de jurejur. propt. calumn.* Et infinita in jure nostro occurrunt exempla.

Secundo opponi potest, quod, cum non omnes conditiones suspendant actum, sed sint quaedam conditiones resolutivae, quarum eventu actus, qui initio valebat, resolvitur; *l.* 2. *ff. de in diem addict. l.* 1. *ff. de leg. commiss.* nihil im- 48
pedit, quominus testamentum sit initio nullum, et postea filio abstinente resolvatur haec nullitas, et testamentum convalescat. Sic testamentum, quod initio valet, postea resolvitur herede non adeunte hereditatem. *l. si nemo* 181. *ff. de reg. l. eam quam C. de fideicom.* Si legatarius a se repulerit legatum, numquam videtur ejus dominus fuisse: *l. si tibi homo* 88. *§. cum servus ff. de legat.* 1. licet dominium statim, et recta via transeat in legatarium. *l. a Titio* 64. *ff. de furt.*

Respond. quod, si filio abstinente resolveretur nullitas testamenti, non opus fuisset confugere ad aequitatem, ut sustinentur voluntas testatoris: nam si nul- 94
litas testamenti penderet a conditione resolutiva, existente conditione nullitas resolveretur; eaque resoluta testamentum ipso jure subsisteret, ut accidit in exemplis allatis.

Praeterea haud scio, an usquam detur conditio resolutiva nullitatis. Datur quidem conditio resolutiva actus: sed

conditio resolutiva nullitatis videtur esse suspensiva actus, praesertim cum agitur
50 de hereditate, in qua conditio et aditio retrotrahitur ad tempus mortis. *l. heres quandoque ff. de acquir. hered.* Nam si resolvitur ab initio nullitas, valet te-
51 stamentum; si non resolvitur, numquam valuit. Itaque dum incerta est haec resolutio, in suspenso est, an valeat vel non valeat testamentum.

Sed impugnatur responsio ex *l. filio praeterito ff. de injust. rupt.* ubi dicitur sustineri testamentum ex bono et aequo: ergo de jure civili, quod bonum et aequum est. *l. 1. ff. de just. et jur.*

Resp. quod in ea lege juris nomen in genere accipitur, et comprehendit jus Naturale, jus Gentium, jus Civile, jus Praetorium; adeoque non potest ita concludi: sustinetur ex bono et aequo; ergo sustinetur jure civili: maxime si sumamus jus civile in specie, tamquam
52 distinctum a jure praetorio. Licet omne jus sit bonum et aequum; tameo id maxime omnium convenit juri praetorio, quia Praetor semper aequitatem sequitur: minime omnium convenit juri civili, quod saepeoumero opponitur aequitati. *l. 2. §. quamquam ff. de aqua, et aqua pluv.* Donat. *in Terent. in Adelph. act. 1. sc. 1. inter jus, et aequitatem hoc interest: jus est, quod omnia recta, et inflexibilia exigit: aequitas est,*
53 *quae de jure multum remittit.* Senec. *lib. 7. controv. 4. Albutius non juris fecit illam quaestionem, sed aequitatis.* Symmach. *epist. 52. lib. 10. In plerisque causis alterum jure, alterum aequitate niti.* Cic. *pro Caecin. Si contra verbis, et litteris, et ut dici solet, summo jure contendatur, solent hujusmodi iniquitati, aequi et boni nomen dignitatemque opponere.* Quintilian. *lib. 4. Est aliquid aequum, sed prohibitum jure.* Et in nostra *lege filio praeterito* aequitas juri opponitur, ibi: *licet subtilitas juris refragari videatur.*

Posset etiam opponi text. in *l. inter coetera ff. de liber. et post.* considerando verbum illud, *rumpatur*: quod enim ipso jure nullum est, non rumpitur, nec rumpi potest. *l. nam etsi 5. vers. post defectum ff. de injust. rupt.*

Resp. quod rumpitur quidem testamentum, sed rumpitur statim, et rumpitur 54
ipso jure: *l. maximum vitium C. de liber. praet.* hoc est, testamentum est nullum, est inutile. Sic enim in laudata *l. inter coetera ff. de lib. et posthum.* explicatur in fine legis verbum illud *rumpatur.* Et merito: quia testamentum vere fecit testator. Cur igitur hujusmodi testamentnm nullum est? cur testator decedit intestatus, perinde ac si testamentum non fuisset? nempe, quia testamentum statim rumpitur, et infringitur a lege. Quapropter in *l. ex facto §. Lucius* 55
Titius ff. de vulgar. pro eodem accipit Paulus infirmari testamentum, et testamentum nullius esse momenti. In eadem significatione haec accipiuntur in *l. 1. §. 1. ff. de fer. l. juris gentium 7. §. et generaliter ff. de pact.* Nam, quod ex 56
post facto resciuditur; utique aliquando valuit: quod autem statim rumpitur, et evertitur ipso jure, et a lege, quae non indiget tempore ad operandum, semper fuit nullum.

CAPUT XI.

Ad eamdem l. filio praeterito ff. de injust. rupt.

SUMMARIUM.

I. Ex testamento rupto nihil peti potest.
II. Testamentum aut jure civili, aut jure praetorio valet.
III. Filio praeterito abstinente testamentum jure praetorio convalescit. Probatur nn. seqq. per tot.
IV. Verba *ex bono et aequo* maxime conveniunt Praetori, qui semper aequitatem spectat.
V. *Tuendi* verbum ad Praetorem refertur.
VI. Filio praeterito abstinente, Praetor dat scriptis heredibus bonorum possessionem secundum tabulas cum re etc. n. 13
VII. Per beneficium abstinendi heres necessarius a Praetore habetur pro voluntario.

VIII. Abstinens a Praetore non habetur pro herede.
IX. Praetor non potest improbare testamentum, cum dat praeterita beneficium abstinendi.
X. Cum filius a jure pro voluntario habetur, testamentum sustinetur.
XI. Testamentum, in quo praeteritus est filius, jure praetorio non est nullum: et quare et n. 26.
XII. Institututio et exheredatio non est de forma testamenti praetorii.
XIV. Quod praetor impugnat, non est ipso jure nullum. Contraria sunt inter se fieri aliquid *ipso jure, et jure praetorio.*
XV Quoad Praetorem in pari causa sunt omnes liberi.
XVI. Filio instituto sub conditione Praetor dat bonorum possessionem secundum tabulas.
XVII. Datur haec solum rite institutis.
XVIII. Successio praetoria ex testamento duplex, secundum, et contra tabulas.
XIX. Filio exheredato valet testamentum, et quare.
XX. Cessante bonorum possessione contra tabulas, Praetor dat ex testamento secundum tabulas.
XXI. Bonorum possessio contra tabulas datur etiam institutis, commisso per alium praeteritum edicto.
XXII. Quoties testamentum sola juris subtilitate non valet, sustinetur a Praetore. Vide exempla numer. seqq. et n. 28.
XXVII. Agnatione posthumi, posteriore testamento, capitis diminutione non rumpuntur testamenta jure praetorio.
XXIX. Institutio non debet ex alieno arbitrio pendere. Et multo minus delatio hereditatis.
XXX. Distinguitur haec propositio.
XXXI. Repudians, et abstinens non potest dici arbiter, et dator hereditatis, quia a lege, vel Praetore ea datur.
XXXII. Exempla, quibus in alicujus potestate est ipsa delatio hereditatis. et 33.
Herede non adeunte corruit substitutio pupillaris.
XXXIII. Et corruit exheredatio.
XXXIV. Filio praeterito succeditur ab intestato per bonorum possessionem *unde liberi*. Distingue ut n. 35.
XXXVI. Exheredatis non datur bonorum possessio contra tabulas.
XXXVII. Si praeteritus petat contra tabolas datur exheredata querela: si vero dicat testamentum nullum, datur bonorum possessio *unde liberi*.
XXXVIII. Ex testamento, in quo praeteritus est suus heres, nemo heres esse potest.
XXXIX. Non potest filius abstinere ab hereditate non delata.
XL. Non defertur ab intestato, nisi cesset ex testamento.
XLI. Jus civile non defert hereditatem ex eo testamento, in quo praeteritus est filius: secus est de jure praetorio.
XLII. Olim in suis non erat successio

Testamentum, in quo praeteritus est suus heres, etiamsi ille abstineat hereditate, tamen jure civili non convalescere, supra demonstratum est. Constat tamen, legata, et libertates esse praestandas, et tuendam voluntatem testatoris. *l. filio prae-
terito in fin. ff. de injust. rupt.* Constat 1
etiam, ex testamento rupto nihil peti posse. *l. 1. Cod. de posthum. hered. instit.* Consequens igitur est, ut dicamus, testamentum jure praetorio sustineri. Omne 2
enim testamentum aut jure civili, aut praetorio subsistit. *l. testamentum ff. qui testam. facere poss.*

Secundo probatur perpendendo verba 3
Papiniani in eadem *l. filio praeterito*, quae maxime sunt accommodata ad indicandum jus praetorium. Ac primum verba 4
illa *ex bono et aequo*, Praetori maxime conveniunt, *l. si domus* 71. *§. in pecunia ff. de legat.* 1. *l. non solum* 11. *§.* 1. *ff. de injur. l. et si quis* 14. *§. haec actio ff. de religios. et sumptib. funer. l.* 5. *§. hoc autem ff. de his qui effud. vel dejec.* qui semper aequitatem sectatur, *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de constit. pecun. l.* 1. *ff. de collat. l.* 1. *ff. quod quisque jur. l.* 1. *ff. de legat. praest. l.* 1. *ff. de minor. l.* 1. *ff. quod falso tutor. l.* 3. *C. qui bon. ced. l.* 2. *ff. unde cognati.* Accedit *tuendi* ver- 5
bum, quod ad Praetorem fere semper referri solet: *l.* 1. *§. proponitur ff. de superfic. l.* 1. *§ hoc interdicto ff. de itinere act. privato l.* 4. *§.* 1. *ff. de doli et met. exc. l.* 1. *§.* 1. *ff. ne vis fiat ei, l. ult. in princ. versic. hoc casu ff. de jurejur. l. mancipiorum ff. de option. legat. l.* 1. *ff. quib. mod. ususf. l. si ususfructus* 9. *§. illud, ff. usufr. quem caveat* et maxime cum agitur de bonorum possessione, quae est successio praetoria, et sola nititur auctoritate et jurisdictione Praetoris, ut in *l.* 1. *§ ult. et in l.* 2. *ff. si tab. testam. nullae extab. l.* 1. *§ ibidem. ff. de collation. l.* 1. *ff. de ventre in poss. mitt. l.* 1. *§. si sub ea conditione, et l. si sub conditione* 5. *ff. de bonor. poss. secund. tabul. l* 3. *§. si sub ea conditione. l. filium* 20. *ff. de bon. poss. contra tab. l. ult. §.* 1. *ff. de legat. praest.*
Recte igitur in nostra lege dixit Papinianus, tueri voluntatem defuncti: quia Prae- 6
tor heredibus scriptis in testamento dat

bonorum possessionem secundum tabulas, quae cum re, et effectu est, filio abstinente, ut infra probabimus; atque ita tuetur voluntatem defuncti, hoc est tuetur ipsum testamentum: ita enim usurpantur haec verba in *l. si suscepto* 29. *in princ. ff. de inoffic. testam.*

III. Praetor in ea lege dat beneficium abstinendi filio praeterito: beneficium enim abstinendi a Praetore datur. §. *sui autem in fin. Inst. tit. de hered. qual. et differ. l. necessariis ff. de acquir. vel omit. hered. l. nam nec emancipatus ff. de legat.* I. ergo Praetor, cujus beneficio filius praeteritus approbat testamentum paternum, debet idem testamentum cofirmare, ac tueri.

Confirmatur, quia per beneficium abstinendi, filius, qui jure civili est heres necessarius, a Praetore habetur qua-
7 si voluntarius. *l. nam nec emancipatus ff. de legat.* I. Quemadmodum igitur valeret testamentum, si praeteritus esset haeres voluntarius; ita, quoad Praetorem, sustineri debet testamentum, in quo praeteritus est is, qui quoad Praetorem est voluntarius.

Et licet suus heres pro voluntario non habeatur, si nulit uti beneficio Praetoris, quia Praetor dat hoc beneficium solummodo volentibus; §. *sui autem Instit. tit. de hered. qual. et differ.* tamen filium, qui abstinuit, heredis loco non habet. *l. si filius* 12. *ff. de interrogat. in jure*
8 *fac.* Nulla igitur est ratio, cur a Praetore non sustineatur testamentum illud, in quo praeteritus est ille, qui a Praetore non solum habetur pro voluntario, sed etiam removetur ab hereditate, et pro herede non habetur. Absurdum enim esset a Praetore reprobari testamentum illud, quod nullo vitio laborat. An enim Praetor judicabit vitiosum esse illud testamentum, in quo testator non vocavit ad he-
9 reditatem eum, quem Praetor ipse removit ab hereditate? secum ipse pugnaret Praetor, si improbaret voluntatem testatoria non instituentis heredem eum, quem ipse pro herede non habet. Testator filium heredem esse non vult: Praetor pariter eumdem heredem esse non vult. Est igitur Praetoris voluntas consentanea voluntati testatoris. Quomodo ergo potest improbare voluntatem testatoris, et denegare bonorum possessionem heredibus institutis?

Confirmatur evidentius, quia, quoties suus heres jure civili fit heres voluntarius, valet jure civili testamentum, et heres institutus non repellitur ab adeunda hereditate: ergo etiam, quoties suus heres, quoad Praetorem, est heres voluntarius, valebit jure Praetorio testamentum, et heres institutus non repelletur a successione praetoria, hoc est a bonorum
possessione. Jure civili suus heres fit he- 10
res voluntarius, quando a parente fuit heres institutus sub conditione arbitraria. Potest enim parere conditioni, et heres esse: potest et conditioni non parere, quo casu heres non erit, et potius voluntate sua videbitur a se abdicasse hereditatem, quam a patre fuisse privatus. Quapropter, si non pareat conditioni, patrem intestatum non facit, et heres institutus admittitur. *l. suus* 4. *ff. de hered. instit.* Jure praetorio fit heres voluntarius per beneficium abstinendi: *l. nam nec emancipatus ff. de leg.* I. et ebstinendo abdicat a se hereditatem, et a Pretore pro herede non habetur. *l. si filius* 12. *ff. d. interr. action.* Sicut igitur jure civili heres institutus in testamento admittitur, quando suus eo jure habetur pro voluntario, et a se abdicavit hereditatem; ita jure praetorio debet admitti, quoties suus a Praetore habetur pro voluntario, et a se abdicavit hereditatem beneficio Praetoris. Atque id tanto magis, quia in eo concurrit solum ipsius voluntas abdicandi hereditatem: in hoc praeter voluntatem ipsius concurrit etiam jurisdictio Praetoris, cujus auctoritate abstinet ab hereditate. Quamobrem tenetur quodammodo Praetoris approbare testamentum, quod filius Praetoris auctoritate fictus approbavit.

IV. Testamentum, in quo praeteritus est filius, licet sit jure civili nullum: *l. 1. ff. de injust. rupt. l. inter coetera ff. de suis et legit. hered. l. maximum vitium C. de liber. praeter.* tamen jure praetorio non est ipso jure nullum, etiamsi a Praetore improbetur, et a filio im-
11 pugnetur. Ac propterea Praetor adversus hujusmodi testamentum dat bonorum possessionem contra tabulas. *§. sunt autem Inst. tit. de bonor. possess. §. emancipatos Instit. tit. de exhered. liber. l. 1. ff. de bonor. possess. contr. tab.* At bonorum possessio contra tabulas est ex testamento. *§. sunt autem Instit. tit. de bon. possess.* Et per eam succeditur ex testamento, non ab intestato. *l. 1. §. ita autem ff. unde liberi. l. quis autem 6. §. hoc edictum ff. si quis omis. caus. testam.* Imo bonorum possessio contra tabulas non datur, nisi testamentum sit validum, et saltem jure praetorio subsistat. *l. si duobus 12. in fin. versic. et ita jus habet l. quod vulgo 21. ff. de bonor. posses. contr. tab. l. 1. §. si heres ff. si tab. testam. null. extab.* Igitur de jure praetorio non est ipso jure nullum testamentum, in quo praeteritus est
12 filius. Et ratio duplex est. Prima, quia Praetor in suo testamento non exigit pro forma institutionem, et exheredationem liberorum, quae solum jure civili exiguntur; sed sufficiunt signa septem testium. *§. sed praedicta Instit. tit. de testam. ordinan. l. cum tabulae et l. ut bonorum ff. de bonor. possess. cont. tabul.* Et ideo licet testamentum jure civili ruptum fue-
13 rit propter praeteritionem, tamen praetor dat ex eo testamento bonorum possessionem secundum tabulas, ut ait Ulpian. *in fragment. tit. quemad. testam. rump. Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure civili ruptum, vel irritum factum sit, praetor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat.* Altera ratio est, quia, quod lex improbat, potest esse ipso jure nullum, et pro infecto haberi. *l. non dubium C. de legib.* Quod vero improbat, et im- 14
pugnat praetor, non fit ipso jure nullum, cum praetoris auctoritas non habeat vim legis. Sunt enim haec inter se contraria, fieri aliquid ipso jure, et fieri jure praetorio, vel tuitione praetoris *l. 1. ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. 1. in fin. ff. de superfic. l. 1. §. penult. ff. quod falso tutor l. si ususfructus 9. §. illud ff. ususfruct. quemad. cav. princ. tit. Instit. de perpet. et temp. act* Impugnat igitur Praetor testamentum, in quo praeteritus est filius, non tamen illud rescindit, aut reddit ipso jure nullum, aut defunctum facit intestatum, ut alias luculente demonstravimus.

Confirmatur, quia ratio, propter quam testamentum jure civili nullum est praeterito filio in potestate existente, tota est juris civilis, et cessat jure praetorio. Ratio enim, cur testamentum ob praeteritionem sit ipso jure nullum, nititur fictione juris civilis, quod fingit filios etiam vivo patre quodammodo dominos bonorum paternorum, et continuationem dominii in filios, mortuo patre, *l. in suis 11. ff. de liber. et posthum.* ut supra co- 15
piose exposuimus. Haec autem fictio, haec continuatio a Praetore non attenditur: nam ipse in pari causa habet emancipatos, et existentes in potestate, et omnes eodem modo admittit ad successionem. *§. emancipatos Inst. tit. de exhered. liber.* et nemo acquirit Praetoriam successionem ipso jure, sed omnes petere debent et agnoscere bonorum possessionem. Itaque, cum jus praetorium suos heredes non faciat; nec imponit necessitatem eos instituendi, aut exheredandi, nec statuit, nullum testamentum, in quo praeteriti fuerunt.

Item confirmatur, quia jure civili testamentum nullum est, etiam cum filius fuit institutus sub conditione, quae non est in ejus potestate: cum enim deficere possit, pro praeterito habetur *l. suus 4 ff. de hered. instit. l. Lucius 83. ff. de condit. et demonstr. l. 4. C. de Instit. et* 16

substit. Et tamen ex hoc testamento Praetor dat bonorum possessionem secundum tabulas: *l.* 2. § 1. *ff. de bonor. posses. sec. tab.* quam bonorum possessionem dat
17 solummodo jure scriptis heredibus, et utiliter institutis. §. *sunt autem Instit. tit. de bonor. possess. l. hi demum* 6. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.*

His positis, cum mortuo patre omnino deferri debeat ejus successio, necesse est, ut deferatur aut successio ex testamento, aut ab intestato: neque enim ullum aliud est genus successionis. §. *ult. Instit. tit. per quas person. cuique acquiritur* Non potest jure praetorio deferri successio ab intestato, quia, cum jure praetorio subsistat testamentum, defunctus non decessit intestatus. *princ. tit. Inst. de hered. quae ab int. l.* 1. *ff. de suis, et legit. hered.* Sequitur igitur ut deferatur successio ex testamento. Successio praetoria ex testamento duplex est: contra tabulas; et secundum tabulas. § *sunt autem*
18 *Instit. tit. de bonor. posses.* bonorum possessio contra tabulas locum habere non potest, quia filius, cui competebat, abstinuit hereditate. Superest igitur solummodo bonorum possessio secundum tabulas. Nec potest Praetor aliam bonorum possessionem dare, si vult aliquam bonorum possessionem dare, ut semper dat.

V. Filio exheredato valet jure civili testamentum; et scriptis heredibus ex testamento defertur hereditas. *princ. tit. Inst.*
19 *de exhered. liber. princ. tit. Instit. de inoffic. testam. l. Papinianus* 8. § *si conditioni, versic. quoniam ff. de inoffic. test.* Atque id non alia ratione, nisi quia pater filium exheredando avocat ab eo dominium bonorum paternorum, quod vivo patre habere fingebatur, eoque mortuo in ipsum continuatur, ut in superiore exposuimus. Atqui haec continuatio non obtinetur jure praetorio, sed tantum fictione juris civilis: et per beneficium abstinendi Praetor avocat a suo herede dominium, sicut avocat testator eum exheredando. Ergo, sicut filio exheredato admittitur heres institutus ad hereditatem, ita filio abstinente debebit heres institutus admitti ad bonorum possessionem: maxime cum Praetor admittat ad bonorum possessionem heredem institutum, quando filius fuit exheredatus, et ab eo avocatum dominium a patre. Quanto magis eumdem igitur admittere debet, quando ipse dominium illud a filio avocavit?

VI. Praetor scriptis heredibus dat bonorum possessionem secundum tabulas, et sequitur judicium defuncti, quoties a liberis occupata non fuit bonorum possessio contra tabulas, quare, si aut tempus ejus petendae fuerit finitum, aut eam repudiaverint, aut ante decesserint, vel jus petendae bonorum possessionis amiserint, tunc revertitur bonorum possessio ad scriptos. Ita Ulpianus in *l.* 2. *in princ. ff. de bo-* 20
nor. posses. secund. tab. Idem Ulpian. *in fragm. tit. de posses. dand. Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis heredibus, scilicet, si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolint.* Et in titulo *quemadmod. testam. rumpantur: Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure civili ruptum, vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis romanus, et suae potestatis, cum moreretur, fuit: quae bonorum possessio cum re, id est cum effectu habetur, si nemo alius jure heres sit.* Quare Imperator Alexander in *l.* 2. *C. de bonor. posses. contra tab.* ait, *bonorum possessionem secundum tabulas locum habere non posse, si petita sit bonorum possessio contra tabulas:* quo tacite innuit, quod, si contra tabulas petita non sit, locum habet secundum tabulas: Argumento text. in *l.* 1. *ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Ex quibus evidentissime constat, quod filio praeterito abstinente, Praetor sequitur judicium defuncti, et dat scriptis heredibus bonorum possessionem secundum tabulas: nam quoties filius abstinet ab hereditate, re-

pudiat bonorum possessionem contra tabulas, et ejus petendae jus amittit.

Imo in casu proposito in nostra *l. filio praeterito ff. de injust. rupt.* in qua instituti fuerunt fratres abstinentis, habent illi bonorum possessionem contra tabulas, si velint, quia per filium praeteritum committitur edictum, etiamsi non
21 petierit. *l. nonnumquam* 14. *et ll. seqq. ff. de leg. praest. l. si pòst mortem* 10. *§. ult. ff. de bonor. posses. contra tab.*

Denique in nostra *l. filio praeterito ff. de injust. rupt.* testamentum non valet mera juris subtilitate, ibi: *licet subti-*
22 *litas juris refragari videatur*, sed quoties testamentum non valet juris subtilitate, sustinetur a Praetore per bonorum possessionem. Probatur id primo, quia si posthumus sit praeteritus, et nascatur post conditum testamentum, statim rumpit testamentum, nec convalescit testamentum, etiamsi posthumus vivo testatore moriatur. *l.* 2. *C. de posthum hered. l. si a pri-*
23 *mo* 8. *in fin. ff. de liber. et posthum.* Quia tamen nimia juris scrupulositate, ac subtilitate ruptum videtur, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest. Sunt verba Ulpiani in *l. posthumus* 12. *ff. de injust. rupt.* Utrobique testamentum rumpitur praeteritione sui heredis: utrobique testamentum non valet juris subtilitate. Ex hoc testamento constat dari bonorum possessionem secundum tabulas: cur non detur etiam ex illo?

Probatur alio exemplo. Si testamentum
24 factum fuerit irritum capitis diminutione, licet tollatur capitis diminutio, et testator ad pristinum statum revertatur, tamen testamentum jure civili non valet. Quoniam vero, si testator declaret, se manere in pristina voluntate, et velle decedere cum eo testamento, sola juris subtilitas refragatur, Praetor tuetur voluntatem defuncti, et dat scriptis heredibus bonorum possessionem secundum tabulas. *l. qui ex liberis §. testamento. ff. de bonor. poss. sec. tab. §. alio autem modo.* juncto §. *non tamen Instit. tit. quib. mod. test. infirm.*

Alterum exemplum habetur in eadem *l. qui ex liberis §. testamento.* Si quis posteriore testamento facto postremas tabulas incidisset, ea mente, ut prius testamentum valeret; prius testamentum, licet jure civili non valeat, ruptum a posteriore, *§. posteriore Instit. tit. quib.* 25
mod. testam. inf. tamen sustinetur jure praetorio, et datur a praetore bonorum possessio secundum tabulas scriptis in primo testamento. Alterum exemplum est in *l. posthumus* 12. *versic.* idem et circa injustum *ff. de injust. rupt.* Animadver- 26
tendum autem est, quod in superioribus exemplis, quantum attinet ad jus praetorium, testamenta illa vere non rumpuntur, aut irrita fiunt; sed scriptis heredibus petentibus bonorum possessionem secundum tabulas, aut obstat bonorum possessio contra tabulas, quam Praetor dat liberis praeteritis, aut obstat exceptio mutatae voluntatis. Obstat bonorum possessio contra tabulas, quia, quando liberi praeteriti fuerunt in testamento sive posthumi, sive jam nati, praetor aequissimum ordinem sequitur dando prius bonorum possessionem contra tabulas liberis praeteritis, mox secundum tabulas scriptis heredibus, cessante contra tabulas. Quare mortuo posthumo, aut filio praeterito, aut eo abstinente, non reviviscit proprie testamentum, quod jure praetorio numquam fuit extinctum, aut ruptum; sed tollitur impedimentum bonorum possessionis contra tabulas, quae obstabat, quominus a praetore daretur possessio secundum tabulas scriptis heredibus: *l.* 2. *C. de bonor. possess. contr. tab. l.* 2. *in princ. ff. de bonor. possess. secund. tab.* in qua sunt observanda verba illa: *tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.* Revertitur ad scriptos, quia et ante non erant penitus exclusi, sed solum obstabat ipsis impedimentum bonorum possessionis contra tabulas, quae praefertur, ac praevertit bonorum posses-

sionem secundum tabulas. Sublato hoc impedimento revertitur ad eos bonorum possessio, ad quam et antea erant vocati.

Obstat exceptio, quoties aut testamentum ruptum est posteriore testamento, aut factum irritum capitis diminutione:
27 quia jure praetorio vere non concidit testamentum, sed scripto heredi opponitur exceptio doli deficiente voluntate testatoris, qui primam voluntatem mutavit, cum secundum condidit testamentum, aut cum se dedit in arrogationem *d. l. qui ex liberis* §. *testamento.* Quoties autem testator ad primam voluntatem regressus est, aut incidendo secundum testamentum, aut factus sui juris declarando voluntatem suam, tunc infringitur illa exceptio, et vires amittit: quia eam opponens nullum jus habet, cum opponat, mutatam fuisse a testatore voluntatem, qui cum ea voluntate decessit, et nova voluntate primam voluntatem confirmavit. Si testamentum concidisset, nuda voluntate revocari non posset, sed necessarium esset novum testamentum. Quia testamentum jure praetorio non concidit, sed solum ope exceptionis infirmatur; ad elidendam hanc exceptionem sufficit nuda voluntas testatoris. Haec sunt, quae breviter indicantur in *d. l. qui ex liberis.*

Ex his apparet, quod, quando testamentum non deficitur voluntate testatoris, sed sola juris subtilitas refragatur,
28 Praetor ex eo dat bonorum possessionem secundum tabulas: quia Praetor in testamento solum requirit signa septem testium, et ut testator, cum moritur, sit civis romanus, et suae potestatis, ut docet Ulpianus in *fragment. loco laudato.* Illud etiam explorati juris est, ejusmodi testamenta jure praetorio nulla atque inutilia non esse; sed vires non habere, quamdiu ipsis obstat aliquod impedimentum vel exceptionis, vel bonorum possessionis contra tabulas; sublato autem impedimento vires suas recuperare, et scriptos heredes cum re bonorum possessionem obtinere.

Expendamus modo, quid contra possit opponi. Primum autem illud est, quod non debet esse in potestate cujusquam, ad quem bona, et hereditas alterius de- 29
beant pertinere, quia institutio ex alieno arbitrio pendere non debet. *l. illa institutio ff. de hered. instit.* et apposite ad rem nostram Justinianus in §. *at hi versic. et ideo Instit. tit. de hered. quae ab int.* ubi ait, quod esset iniquum in potestate patris adoptivi esse, utrum bona patris naturalis ad liberos, an ad agnatos debeant pertinere. Atqui, si filio praeterito abstinente convalesceret testamentum, esset in potestate ipsius filii, utrum bona patris ad scriptos heredes pervenire debeant, an ad heredes ab intestato. Nam eo abstinente admitterentur scripti heredes, quia convalesceret testamentum: eo non abstinente admitterentur heredes ab intestato; quia testamentum corrueret. Atque adeo etiam institutio ab ejus arbitrio penderet.

Sed facilis est, et prompta distinctio. Iniquum profecto est poni in potestate cujusquam extranei, qui nullum jus ha- 30
bet in hereditate, utrum ea ad hunc, vel ad illum pertinere debeat? nemo enim alienae hereditatis, aut legati arbiter, et dator esse potest. *l. illa institutio ff. de hered. inst. l. nonnumquam ff. de cond. et demonstr.* Et de hoc casu agitur in laudato §. *at hi* 10. *Instit. de hered. quae ab int. defer.* At vero non est iniquum, ut ille, qui vocatur ad hereditatem, eam admittendo, vel non admittendo efficiat, ut hereditas, quam a se rejecit, ad alium pertineat. Et ratio est, quia tunc heres utitur jure suo. Nam si est heres voluntarius, habet a lege jus deliberandi, et potest vel adire, vel repudiare hereditatem pro suo arbitrio. §. *extraneis Instit. tit. de hered. qual. et differ. l.* 1. *ff. de jure delib.* Si est necessarius, etsi hoc jus non habeat a jure civili tamen habet a jure praetorio, quo ipsi tribuitur jus abstinendi: §. *sui autem Inst. de hered. qual. et differ.* quo filius abstinens comparatur

heredi voluntario non adeunti. *l. nam nec emancipatus* 89. *ff. de legat.* 1. Ergo tam heres voluntarius, qui repudiat, quam suus heres, qui abstinet, jure suo utuntur. An igitur iniquum erit quemquam jure suo uti? Pugnant haec inter se: jure suo uti, et inique agere. Neque heres, qui repudiat hereditatem, arbiter
31 est, et dator hereditatis. Licet enim eo repudiante fiat irritum testamentum, et hereditas deferatur ad heredes ab intestato; tamen illis non datur hereditas ab ipso herede, sed a lege. Heres tantummodo repudiat hereditatem ad se pertinentem, quod cum facit, jure suo utitur; coeterum nihil disponit circa hereditatem repudiatam: sed circa eam disponit ipsa lex. Disponit autem testamentum irritum fieri; eoque irrito facto vocat heredes ab intestato. *l.* 1. *ff. de injust. rupt. princ. Instit. tit. de hered. quae ab int.* Sicut igitur iniquum non est, herede repudiante, deferri hereditatem ad heredes ab intestato; ita iniquum non est, filio praeterito abstinente, deferri bonorum possessiones ad scriptos heredes. Eo casu datur hereditas a lege, non ab herede repudiante: boc casu datur bonorum possessio a Praetore, non a filio abstinente.

Addo jam, quod non solum heres omittendo hereditatem ad se delatam,
32 potest in causa esse, ut hereditas ad alios devolvatur; sed etiam aliquando in arbitrio heredis est, utrum hereditas ad hunc, vel ad illum potius sit devolvenda. Primum enim, si in testamento, in quo quis heres est institutus, datus fuerit a patre filio impuberi substitutus pupillaris; si heres adeat, valet substitutio, et ad hereditatem pupilli substitutus admittitur; si heres repudiet, corruit pupillaris substitutio, et ab hereditate pupilli substitutus excluditur, et admittuntur heredes ab intestato. *l.* 2. §.
33 *quisquis ff. de vulg. et pupill.* Praeterea, si pater, habens duos filios, alterum in potestate, alterum emancipatum; exheredet filium in potestate, et praetereat emancipatum, et instituat heredem extraneum; erit in potestate hujus heredis extranei, utrum velit hereditatem totam pervenire ad emancipatum, an vero pro dimidia devolvi etiam ad filium in potestate. Nam si heres institutus adeat hereditatem, subsistit exheredatio, et excluso exheredato emancipatus praeteritus per bonorum possessionem contra tabulas auferet totam hereditatem ab herede instituto. Quod si heres institutus repudiet, fit irritum, testamentum, fit irrita exheredatio, et exheredatus pro dimidia parte succedet ab intestato. Est igitur in potestate heredis instituti, utrum velit exheredatum admitti, an excludi ab hereditate. *l. filium* 20. *in princ. ff. de bonor. possess. contra tab.* ubi eleganter ait Tryphoninus: *Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, cum ipse jure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, praestetque assem emancipato filio jure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet jure factum solum suum heredem.*

Secundum est, quod, quando praeteritus est suus haeres, non succeditur ex testamento, sed solum ab intestato etiam de jure praetorio. Datur enim a Prae- 34
tore bonorum possessio *unde liberi. l. ult. ff. de liber. et post l.* 1. *in fine ff. Si tab. testam. null. exstab.* Ea autem datur solummodo ab intestato, et cum certum est, nullas tabulas extare. *l.* 1. §. 1. *et* 2. *ff. eod. l. bonorum ff. unde liberi* §. *sunt autem Instit. de bonor. possess.* Ergo, cum filius in testamento praeteritus est, succedi non potest ex testamento.

Respondetur, leges illas ad rem nostram non pertinere, quia in illis non agitur de filio se abstinente, sed de filio se immiscente, qui vult Patri succedere, improbata Patris praeteritione. Pa- 35
ter suum heredem praeterierat, emancipatum exheredaverat. Exheredatus non habet bonorum possessionem contra tabu-

las, quia ea non datur exheredatis. *l. non*
36 *putavit* 8. *ff. de bonor. posses. contra tab.* Praeteritus autem, et potest dicere nullum testamentum jure civili, et potest ipsum impugnare per bonorum possessionem contra tabulas jure praetorio, si quidem velit adspirare ad paternam hereditatem. Si petat bonorum possessionem contra tabulas, quia est ex testamento, §. *sunt autem Inst. tit. de bonor. possess.*
37 subsistit exheredatio, et solum superest exheredato querela inofficiosi testamenti, qua potest patris testamentum impugnare. *l. si post mortem* §. *exheredati ff. de bonor. poss. contra tab.* Si vero filius praeteritus utatur remedio juris civilis, et dicat testamentum nullum, tunc nullius momenti est exheredatio, et uterque succedit ab intestato, perinde ac si Pater nullas tabulas reliquisset: ideo etiam Praetor dat eis bonorum possessionem *unde liberi. d. l.* 1. *in fin.* Neutro autem casu possunt succedere heredes scripti in testamento: quia filius praeteritus non approbavit, sed impugnavit patris testamentum; et vel jure civili, vel praetorio avocavit a scriptis heredibus hereditatem. *l. filium* 10. *in princ. ff. de bon. poss. contr. tab.*

Tertium petitur ex *princ. tit. Inst. de exhered. liber.* ubi ait legislator noster, quod ex testamento, in quo praeteritus est filius, nemo heres existere potest.

38 Facilis responsio. Sane verissimum est, ex testamento, in quo praeteritus est filius, neminem posse heredem existere. Cum enim jure civili testamentum sit nullum, non potest eodem jure civili ex eo testamento hereditas deferri. Imo etsi filius approbet testamentum, tamen ex eo non deferetur hereditas, quia testamentum jure civili non convalescit, ut supra demonstravimus. Caeterum non negat ibi Justinianus posse aliquem esse bonorum possessorem. Quamquam eo casu, de quo ibi agit Justinianus, neque heres, neque bonorum possessor esse potest quisquam ex testamento: quia ibi filius praeteritus non abstinuerat paterna hereditate, nec testamentum patris approbaverat, sed mortuus erat ante testatorem. Adeoque id ad rem nostram non pertinet.

Postremum, quod maxime urget, petitur ex nostra *l. filio praeterito ff. de injust. rupt.* ubi supponitur filius praeteritus abstinens bonis paternis. Non potest autem abstinere ab hereditate testamentaria, quia in testamento praeteritus est. Abstinet ergo ab hereditate ab inte- 39
stato: non potest autem abstinere ab hereditate, antequam ei deferatur. *l.* 1. §. *decretalis ff. de succes. edicto l.* 10. *l. is qui heres* 13. *in princ. ff. de acquir. hered.* Ergo delata est filio hereditas ab intestato: sed haec non defertur, quamdiu locum habet successio ex testamento. *l. quam-* 40
diu ff. eod. Ergo in casu nostrae legis locum non habet amplius successio testamentaria; ac proinde scripti heredes non possunt ex testamento succedere.

Respondeo, haec omnia verissima esse inspecto jure civili. Hoc enim non defert hereditatem ex testamento, in quo praeteritus est suus heres: nam cum jure civili testamentum sit nullum, non potest ex eo testamento deferri hereditas scriptis heredibus; sed defertur filio hereditas ab intestato. Multo aliter se res 41
habet de jure praetorio. Etenim cum jure praetorio testamentum non sit nullum, ut alias diximus, datur a Praetore filio praeterito bonorum possessio contra tabulas, quae est ex testamento. §. *sunt autem Instit. tit. de bonor posses.* Filius itaque bonis paternis abstinere dicitur, quando nec vult dicere testamentum nullum, et hereditatem ab intestato de jure civili suscipere; neque vult petere bonorum possessionem contra tabulas. Quoniam vero bonorum possessio contra tabulas est ex testamento, et ideo non pugnat cum bonorum possessione secundum tabulas; nihil impedit, quo minus Praetor, filio eam non petente, det bonorum possessionem secundum tabulas scriptis he-

redibus. *l.* 2. §. *expectandi ff. de bonor. possess. secundum tab.* Ulpian. *in fragm. tit. de posses. dand. Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis heredibus, scilicet, si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolit. et tit. quemadm. testam. rump. Si septem signis testium testamentum signatum sit, licet jure civili ruptum, vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, quae cum re, id est, cum effectu habetur, si nemo alius jure heres sit.*

Animadvertendum autem est, quod olim, quando filius abstinebat hereditate patris, nemo alius jure heres erat: nam neque
42 in suis, neque in agnatis jure civili erat successio; et hereditas semel tantum a lege deferebatur, ac semel delata filio, non potest alteri postea deferri. *l.* 1. §. *sciendum* 8. *ff. de suis et legit. hered. l.* 2. *in princ. ff. eod.* §. *placebat autem, Instit. tit. de legit. agnat. succes.* Poul. *lib.* 4. *sent. tit.* 8. Igitur abstinente filio, nemo alius jure heres est, et Praetor scriptis heredibus dat bonorum possessionem juxta tabulas, et quidem cum re.

CAPUT XIII.

Ad l. per procuratorem* 90. *ff. de acquir. vel omit. hered.

SUMMARIUM.

I. Bonorum possessio re ipsa et effectu non differt ab hereditate.
II. Bonorum possessor acquirit hereditatem honorariam.
III. Differt quoad modum et formam acquirendi.
IV. Bonorum possessio per alium agnosci potest, etiam per foeminam: et quare. n. 19.
V. Hereditas per alium adiri non potest.
VI. Hereditatem cernere, et adire quid?
VII. Aditio est actus legitimus: qui adit, lege agit. ib. n. 9. et 21.
VIII. Actus legitimus non potest per alium explicari, et solum peragi potest apud Magistratum, penes quem legis actio est.
X. Aditio, et pro herede gestio aequiparatae sunt cretioni.
Actus legitimi neque diem, neque conditionem recipiunt; adeoque nec aditio. et o. 21.
XI. Olim legationes liberas hereditatum adeundarum causa Senatores impetrabant.
XII. Senatores et eorum filii peregre proficisci non poterant.
XIII. Qui mandat, ut adeatur hereditas, hoc ipso eam adit et acquirit.
XIV. Hereditas pro parte adiri, pro parte repudiari non potest.
XV. Hereditas aditur sola animi destinatione, etiam tacita.
XVI. Hereditas nobis ignorantibus non acquiritur.
XVII. Ne quidem a servis et filiis nostris sine jussu nostro speciali.
XVIII. Nec sufficit ratihabitio subsequens.
Excipitur bonorum possessio, et restitutio ex fideicommisso.
XIX. Cur differat hereditas a bonorum possessione et restitutione. et n. 44.
XX. Si post mandatum agnoscendae bonorum possessionis, antequam agnoscatur, heres incidat in furorem, nulla est agnitio.
XXII. Semel heres non potest amplius desinere esse heres.
XXIII. Heres acquirit dominium statim ministerio legis sine ulla mora.
XXIV. Bonorum possessio potest esse in suspenso, non aditio.
XXV. Homo liber nobis acquire non potest: et multo minus hereditatem.
XXVI. Hereditas civiliter acquiritur.
XXVII. Tutor pro popillo adire non potest. et 29.
XXVIII. Tutor facere potest pro pupillo etiam ea, quae requirunt speciale mandatum.
XXIX. Popillus, etiam infans, ipse debet adire. et 30.
XXXI. Nec curator Furiosi adire potest.
XXXII. Hereditas ne momento quidem temporis residet in servo.
XXXIII. Dominus, et pater adire non possunt hereditatem, servo, et filio delatam.
XXXIV. Institutio servi valet ex persona domini.
XXXV. Filius et pater eadem persona censentor.
XXXVI. Etiamsi dominus ipse pro parte sit institutus, tamen adire non potest pro parte relicta servo suo.
XXXVII. Adiri non potest hereditas non delata,
XXXVIII. Qui adit, non desinit esse heres, etiamsi alii acquirat hereditatem.
XL. Procurator Caesaris potest pro eo adire opulentam hereditatem.
XLI. Sed hoc speciale est.
XLII. Procurator Caesaris quis, et quod ejus officium et auctoritas.
XLIII. Proponitur sententia Doneni; et confutatur in sequentibus.
XLV. Acceptilatio fieri potest per procuratorem, et quomodo?
XLVI. Refertur sententia Raevardi, et refellitur.
XLVII. Mancipari non poterant, nisi res propriae ab ipso domino.
Hereditas ante aditionem mancipari non poterat.
XLVIII. Nec post aditionem.
Hereditas intestata cedi poterat etiam ante aditionem, et quare?
XLIX. Opponitur testimonium Ciceronis: et explicatur on. seqq.
L. Cretio libera quae?
LI. Dispositio hominis non potest refragari dispositioni legis.
LII. In cretione Filii necessarius erat Patris jussus.

LIII. Superior sententia Raevardi admittitur quodam in casu.
LIV. Veteres circuitione utebantur, ne recederent a regulis juris: et explicatur exemplis.
LV. Cur inventa fuerit Aquiliana stipulatio.
LVI. Filius et servus jussu patris ac domini adeuntes, non adeunt procuratorio nomine.
LVIII. Mandatum generale non sufficit ad adeundam hereditatem.
LIX. Nec mandatum de hereditate viventis.
LX. Quo casu admitti possit communis sententia: et quomodo defendi possit.

1 Etsi bonorum possessio re ipsa, et po-
testate, atque effectu non differat ab he-
reditate; *l. 2. ff. de bonor. poss. l. Fructor in omnibus ff. de reg. jur.* quia bo-
norum possessor amplectitur, et acquirit,
et possidet hereditatem; *l. ult. C. qui ad-
mitti l. si infanti §. parente C. de jure
deliber. l. filium* 60. *ff. de acquir. he-
red.* nempe hereditatem honorariam; *l.*
2 *1. in fin. C. de secund. nupt.* quare agno-
scendo bonorum possessionem fit heres;
l. 1. C. unde liberi. tamen agnitio bo-
3 norum possessionis omnino differt ab adi-
tione hereditatis. Inter caetera illud est mul-
to maximum discrimen, quod bonorum
possessio agnosci potest per tutorem no-
mine pupilli, *l. servus 7. §. impubes ff.
de bonor. possess. l. bonorum 7. C. qui
admitti*, per curatorem, *l. ult. §. sin au-
tem ex alia C. de curat. furios.* per pro-
curatorem, *l. 3. §. acquirere ff. de bo-
nor. poss.* per alium quemlibet, etiam
4 non habentem mandatum, *eod. §. acqui-
rere.* et, quod magis est, foeminae etiam
possunt pro alio petere bonorum posses-
sionem: *l. servus 7. ff. de bonor. poss.*
licet pro alio postulare non possint. *l. 1.
§. secundo loco ff. de postulando.*

5 Contra vero hereditas per alium adiri
non potest. Ipsa verborum significatio id
satis demonstrat. Utebantur veteres verbis
cernendi hereditatem; *adeundi* heredita-
tem; quia heres ipse debebat in rem prae-
6 sentem venire. Hinc *adire*, et *cernere*
hereditatem dicebatur. In cretione enim
haec verba solemnia pronunciabat: *cum
me Maevius heredem instituerit, eam he-
reditatem adeo, cernoque,* ut refert Ul-
pian. *in fragm. tit. qui hered. institui pos-
sint.* Vetus Glossar. *Cernere* προσέρχεσθαι
τῇ κληρονομίᾳ. Postquam vero Imperatores
scrupulosam cretionum solemnitatem ampu-
tarunt in *l. cretionem 17. C. de jur. de-
liber.* mansit solummodo verbum *adeundi.*

II. Id ipsum demonstrat natura aditio-
nis. Aditio hereditatis est actus legitimus
l. actus legitimi 77. ff. de reg. jur. Actus 7
legitimus per procuratorem expediri non
poterat. *l. nemo alieno 123. ff. de reg.
jur. Nemo alieno nomine lege agere po-
test.* Lege agere, legis actio, actus legi-
timus, sibi invicem respondent. Ideo actus 8
legitimi non poterant explicari apud Ma-
gistratum, apud quem legis actio non erat.
*l. 1. ff. de offic. Juridic. Alexandr. l.
4. ff. de adopt. l. 3. ff. de offic. Pro-
cons.* Et lege agere dicebantur heredes,
qui adibant hereditatem. Val. Max. *lib.
7. cap. 7.* de Terentio quodam: *Egre-
gia*, inquit, *est C. Calpurnii Pisonis,
Praetoris Urbani constitutio. Cum enim
ad eum Terentius ex octo filiis, quos
in adolescentiam perduxerat, ab uno
in adoptionem dato exheredatum se, que-
relam detulisset; bonorum adolescentis
possessionem ei dedit, heredesque lege
agere passus non est.* Itaque si adiens 9
hereditatem lege agit, et nemo potest alie-
no nomine lege agere; nemo etiam po-
terit alieno nomine adire hereditatem.

Et, licet sola cretio propter solemni-
tates, quibus peragebatur, actus legiti-
mus fuisse videatur; tamen eamdem quo-
que vim, et naturam habet quaelibet adi-
tio, et pro herede gestio; quia per eam,
sicut per cretionem, ipso jure fit heres,
qui adit hereditatem. *§. quos autem so-
lus Inst. tit. de bonor. posses.* Quod fit, 10
ut, quemadmodum actus legitimi non re-
cipiunt diem, et conditionem; *d. l. actus
legitimi 77. ff. de reg. jur.* ita non re-
cipiat hereditatis aditio *l. eum qui duo-
bus in fin. ff. de acquir. vel omit. he-
red. d. l. actus legitimi.* Nec a cretione
differt pro herede gestio, quam cretioni
aequiparavit D. Marcus. Ulp. *in fragm.*

titulo modo laudato: *si sub imperfectam cretionem heres institutus sit*; *id est, non adjectis his verbis: si non creveris, exheres esto; sed si ita: si non creveris, tunc Maevius heres esto, cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum, sed postea D. Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse heres fiat.*

III. Hoc idem veterum monumenta confirmant, quae legationes liberas hereditatum adeundarum causa Senatoribus datas
11 fuisse testatur. Cicer. *in prima Agrar. contra Rullum: non videtis, hereditatum obeundarum causa, quibus vos legationes dedistis, qui, et privati, et privatum ad negotium exierunt, non maximis opibus, neque summa auctoritate; tamen auditis profecto, quam graves eorum adventus sociis vestris esse soleant. et lib. 3. de legib. Jam illud apertum profecto est, nihil esse turpius, quam quemquam legari, nisi Reip. causa. Omitto quemadmodum isti se gerant, atque gesserint, qui legatione hereditates suas, aut syngraphas persequuntur.* Quid est, quod legationes hereditatum adeundarum causa impetrabant, si poterant adire per procuratorem? maxime postquam a Julio Caesare, et Augusto fuit interdictum Senatoribus, eorumque filiis,
12 ne peregre proficiscerentur. Sveton. *in Jul. Caesar. cap. 42. Neu quis Senatoris filius, nisi contubernalis, aut comes Magistratus, peregre proficisceretur.* Percommode Lipsius in Tacitum legit: *Neu quis Senator, Senatorisve filius.* Dio *lib. 52. de Augusto*: προσαπέταξε πᾶσι βουλεύουσι, μὴ ἐκδημεῖν ἔξω τῆς Ἰταλίας, ἂν μὴ αὐτός τινι κελεύσῃ, ἢ καὶ ἐπιτρέψῃ· καὶ τοῦτο καὶ δεῦρο ἀεὶ φυλάττεται. *Vetuit omnibus Senatoribus extra Italiam peregrinari injussu, permissuve suo: atque hoc etiamnum servatur.* Suidas *de Claudio*: προὔθηκε, μὴ δύνασθαι βουλευτὴν ὑπὲρ ἑπτὰ σημεῖα τῆς πόλεως ὁδεύειν χωρὶς τῆς τοῦ βασιλέως κελεύσεως: *legem tulit, ne cui Senatori liceret ultra septimum ab urbe lapidem proficisci injussu Imperatoris.* Si potuissent aliter adire hereditates, nulla causa fuisset concedendi has legationes ad hereditatem adeundam.

IV. Demonstrat id etiam ratio evidens. Nam aut quis mandat procuratori, ut suo nomine adeat hereditatem: aut non mandat, sed is sponte sua adit sine ullo mandato. Si mandat procuratori, ut adeat, 13
hoc ipso adit ipse hereditatem. Nec opera, aut ministerio procuratoris amplius opus est ad adeundam hereditatem: per textum elegantissimum in *l. si ego et servus 26. ff. de acquir. vel omit. hered.* ubi, si ego et servus instituti fuimus, et mandem servo, ut adeat hereditatem, hoc ipso hereditatem acquiro pro ea portione, pro qua fui institutus. Licet enim animi mei destinatio quoad hereditatem adeundam videatur solum respicere partem servo relictam, non vero partem, in qua ego fui institutus; tamen cum hereditas tota mihi acquiri debeat, tam quoad partem relictam servo, quam quoad partem mihi relictam; et hereditas pro parte adi- 14
ri, pro parte repudiari non possit: cum pro parte heres esse destinaverim, videor adivisse hereditatem ex asse. *l. si ex asse 10. ff. de acquir. vel omit. hered.* Facit. *text. in l. si quis mihi §. sed si mandavit. ff. eod. in l. cum heres 52. §. ult. in l. liber homo 59. §. si ita ff. eod. in l. si quis ita 33 ff. de heredib. inst.* Sola enim animi destinatione adimus hereditatem, *l. si avia C. de jure delib. §. ult. Instit. tit. de hered. qual. et differ.* et sufficit etiam voluntas tacita, ut constat ex nostra lege *si ego 26.* et elegantissima proponuntur exempla in *l. qui in aliena 6. §. sed etsi non adierit ff. de acquir. vel om. hered. in l. 4. C. de jur. delib. in l. filiusfam. 10. C. de petit. hered.* Cum igitur etiam in mandato 15
adeundi portionem alii relictam contineatur destinatio sufficiens ad adeundam portionem sibi relictam; quanto magis ea

continebitur in mandato adeundi eam ipsam portionem? Si sufficit tacita illa destinatio, quanto magis sufficiet expressa?

Quod si heres non mandet procuratori, ut adeat hereditatem, sed hic adeat sponte, sine ullo mandato, erit omnino
16 inutilis aditio. Nobis enim ignorantibus, aut invitis hereditas acquiri non potest. Hoc enim interest inter heredes voluntarios, et necessarios: quod necessarii fiunt heredes ipso jure etiam ignorantes, et inviti: voluntarii vero non fiunt heredes, nisi sua voluntate. *toto tit. Instit. de hered. qual. et differ.* Itaque licet servi nostri, et liberi in potestate existentes nobis acquirant etiam ignorantibus, et invitis pene ex omnibus causis, *l. etiam invitis l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l. servus vetante ff. de V. S.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. nob. acquir.* tamen hereditatem nobis non acquirunt, nisi jussu nostro eam adierint. *l. qui in aliena* 6. *l. si quis mihi bona* 25. §. *jussum ff. de acquir. hered. l. acquiruntur* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. d.* §. *item vobis Instit. tit. per quas person. nob. acquir.* Neque in hac re sufficit consensus patris, ac domini, sed requiritur mandatum, ac jussus praecedens ipsam aditionem. *d. l. si quis bona.* §. *jussum.* Quare cum agitur de adeunda hereditate, semper fit mentio jussus, cujus natura est, ut actum praecedere debeat: jubemus enim quae facienda sunt, non quae jam facta fuerunt. *l. servus dotalis* 58. *ff. solut. matrim. l. si servus* 7. *in fin. ff. de hered. instit. l. si ego et servus ff. de acquir. vel omit. hered. d. l. acquiruntur* 10. *et d.* §. *item vobis.*
17 Nec sufficit jussus generalis de quacumque hereditate deferenda, sed desideratur jussus specialis de certa hereditate jam delata. *d. l. si quis mihi bona* §. *sed utrum, cum* §. *seq ff de acquir. hered.* His positis constat, quod cum hereditas sine nostro mandato non acquiratur, ne quidem per eas personas, quae nobis etiam ignorantibus, et invitis acquirunt; multo minus acquiri poterit per liberas personas, quae nobis sine nostro consensu, aut mandato nihil possunt acquirere.

Nec illud dici potest, quod hereditas nostro nomine nobis ignorantibus adita per ratihabitionem confirmetur exemplo bonorum possessionis, *l.* 3. §. *acquirere ff. de bonor. posses.* et restitutionis hereditatis ex fideicommisso. *l. servo invito* 65. *ff. ad SC. Trebellian.* Etenim cum 18
in ipso servo, et filio, qui nobis ex ipsa legis dispositione omnia acquirunt etiam ignorantibus, et invitis, requiratur praecedens mandatum; multo magis id requiretur in aliis, nec ratihabitio sufficiet. Itaque in bonorum possessione agnoscenda, et in restituenda hereditate fideicommissaria, in quibus sufficit ratihabitio subsequens, eadem ratihabitio sufficit etiam in servo, et filio. *d. l. servo invito ff. ad SC. Trebell. l.* 1. *C. qui admitti. l. qui in aliena* 6. §. 1. *ff. de acquir. hered. l. servus* 7. *ff. de bonor. posses. l. ult. ff. quis ordo in bon. poss. serv.*

Non potest igitur duci argumentum a bonorum possessione, et restitutione fideicommissi ad hereditatis aditionem. Primum, quia illae desiderant aliquam operam externam, quae per alium expediri potest; non nuda voluntate acquiruntur. Bonorum possessio petenda est a Judice: 19
seu coram Judice agnoscenda est per testationem amplectendae hereditatis. *l. ult. C. qui admitti.* illa testatio complectendae hereditatis, alterius opera, ac ministerio potest expediri. In restitutione fideicommissi necessaria est etiam voluntas restituentis, non sufficit sola voluntas fideicommissarii; itemque necessarius est actus restitutionis. Haec exploratio voluntatis restituendi, et actus ipse restitutionis etiam per alium possunt explicari. Hos actus ab alio gestos potest heres approbare, et ratos habere; per quam approbationem acquirit hereditatem, et in eum transferuntur omnia commoda, et incommoda hereditaria. *l.* 1. *C. qui admitti.* Contra in hereditatis aditione, quae fit nuda

voluntate, nihil aliud requiritur, quam
voluntas ipsius heredis. *l. si avia C. de
jure delib.* §. *ult. Instit. tit. de hered.
qual. et differ.* Supervacanea est igitur
omnis opera, et ministerium alterius cu-
juscumque personae. Voluntas enim re-
sidet in ipso herede, nec ab alio prae-
stari potest. Probatur in exemplo ipsius
bonorum possessionis, in cujus acquisi-
tione duo requiruntur; factum petitionis,
et voluntas heredis. Factum petitionis ex-
plet procurator: voluntatem praestare non
potest, etiamsi mandatum ab herede ac-
20 ceperit. Quare si post mandatum heres
in furorem incidat, nulla est petitio pro-
curatoris, deficiente per furorem volun-
tate heredis. *l. si quis alieni* 48. *ff. de
acquir. her.* In aditione igitur heredita-
tis, in qua requiritur sola voluntas he-
redis, nihil est, quod praestare possit
procurator. His positis, si heres approbet
aditionem factam ab alio, fit quidem he-
res per hanc approbationem, sed fit he-
res sua voluntate, non per actum gestum
a procuratore. Imo vere nec per appro-
bationem fit heres, sed per voluntatem
expressam in approbatione, atque in ea
contentam. Nam etsi improbaret aditio-
nem ab alio factam, et declararet, se
nihilominus heredem esse velle, non eo
minus heres fieret.

Praeterea, quia aditio hereditatis est
actus legitimus, qui neque tempore, ne-
que conditione suspendi potest. *l. actus
21 legitimi* 77. *ff de reg. jur.*; non potest
igitur expectari approbatio, seu ratihabi-
tio heredis: interim enim penderet ex in-
certo eventu aditio, quod est contra na-
turam aditionis. *l. eum qui solvendo* §.
ult. ff. de acquir. hered. Aditio enim
aut statim perfecta est, aut statim irrita
est, et nulla, nec ex postfacto potest
confirmari, aut convalescere. Bonorum
possessio heredem ipso jure non facit, si-
cut aditio. § *quos autem solus Inst. tit.
22 de bonor posses.* Qui autem per aditio-
nem factus est ipso jure heres, non po-
test amplius desinere esse heres. *l. here-
ditas* 34. *ff. de hered. instit. l. ex facto*
43. §. *ult. ff. de vulg. l. ait Praetor* 7.
§. *sed Papinianus ff. de minor. l. ei qui
solvendo* 88. *ff. de hered. instit.* Itaque
hereditatis aditio statim sine ulla mora
ipso jure operatur, et quidem perfecte,
et immutabiliter, et ne momento quidem
suspendi potest, quod et in legatis est
constitutum. *l. ult. in fin. ff. commun.
praedior.* Cum enim ministerio legis do-
minium, et omne jus defuncti transfe-
ratur in heredem, *l. more, et l. heres
in omne ff. de acquir. hered.* lex nullam
moram patitur, et statim perficit id, quod
intendit. Differt igitur hac in re aditio
hereditatis a bonorum possessionis agni-
tione *l. servo invito* 65 *in princ. ff. ad
S. C. Trebell.* Non solum enim petitio 24
bonorum possessionis saepe numero est
in suspenso, et non statim producit ef-
fectum suum, ut in *l. si servus* 10. *ff.
de bonor. poss. sec. tab. in l.* 2. §. 1. *ff.
eod. in l.* 3. §. *si sub ea conditione ff.
de bonor. posses. contra tabul. l. ult. in
fin ff. de bonor. posses. sec. tab.* sed ali-
quando etiam non habet effectum, et
dicitur possessio sine re, quia titulo te-
nus est bonorum possessio, cum sit sine
effectu. *l. filiis C. de inoff. testam.* Ulpian.
in fragm. tit. quemadm. testam. rump.
hereditas autem numquam est sine re:
numquam ne momento quidem temporis
sine effectu esse potest. Constat igitur,
quod neque cum nostro mandato, neque
sine nostro mandato per alium nobis ac-
quiri potest.

V. His accedunt leges, in quibus id
diserte constitutum est. In *l. homo liber.*
54. *ff. de acquir. rer. dom. homo liber
hereditatem nobis acquirere non potest.*
Ratio est in promptu. Per liberam enim
personam nihil nobis acquiri potest. *l.* 1. 25
C. per quas person. nobis acq. §. *ex his
itaque Instit. tit per quas person. cuique
acquir.* Et licet ea, quae naturaliter ac-
quiruntur, etiam per liberam personam
acquirantur; tamen ea, quae acquirun-
tur civiliter per liberam personam, acqui-

ri non possunt. *l. ea quae civiliter ff.*
26 *de acquir. rer. dom.* Constat autem, hereditatem civiliter acquiri, cum nuda voluntate legis ministerio in nos transferat omne jus heredis, et etiam dominium rerum hereditariarum sine ullo facto apprehensionis. *l. heres in omne ff. de acquir. vel omit. hered.* Et hereditas ipsa tota est juris civilis: est enim persona ficta a jure civili, personam defuncti repraesentans, seu successio in universum jus defuncti, *l. hereditas ff. de reg. jur.* et nomen juris est. *l. pecuniae* § *hereditas ff. de verb. signif* Quod cum non probaret Seneca, irridet Jurisconsultos *lib.* 6. *de benef. cap.* 6. *Jurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse; sed ea quae sunt in hereditate: tamquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.* Vere autem apud Jurisconsultos aliud est hereditas, aliud res hereditariae. Hereditas enim est incorporalis, et in jure consistit, *l.* 1. §. 1. *ff. de rer. divis.* et est universitas quaedam, qua omnes res hereditariae continentur.

VI. In *l. potuit* 5. *C. de jure deliber.* responsum fuit ab Imperatoribus, ne tutorem quidem nesciente pupillo po-
27 tuisse hereditatem pro pupillo adire. Si non potest tutor, qui in rebus pupillaribus administrandis domini loco habetur; *l. interdum* §. *qui tutelam ff. de furt. l. tutor qui* 27. *ff. de admin. tut.* multo minus poterit procurator, qui minus juris habet, quam tutor. *l. mandato* 60. *ff. de procur.* juncta *d. l. interdum* §. *qui tutelam ff. de furt.*

Nec potest responderi, quod tutor non poterat adire, quia non habebat mandatum adeundi, quemadmodum nec procurator potest adire sine speciali mandato. Itaque par esse videtur causa tutoris, cui ad adeundum indiget voluntate pupilli; *d. l. potuit in princ.* et procuratoris, qui indiget mandato.

Primum enim animadvertendum est, quod tutor non indiget mandato, aut voluntate pupilli in administrandis ejus rebus, cum habeat jus, et facultatem ab ipsa lege, ut constat ex definitione tutelae, quae dicitur jure civili data, ac per-
missa. §. 1. *Instit. tit. de tutel. l.* 1. *ff.* 28
eod. Et ideo etiam ea facere potest vi suae potestatis, quae in procuratore speciale mandatum requirunt. *l. procurator.* 60. *ff. de procurat.* juncta *l. interdum* 56. §. *qui tutelam ff. de furt.* Itaque si hereditatis aditio posset per alium expediri, utique posset a tutore.

Praeterea observandum est, quod in laudata *l. potuit* 5. *C. de jure delib.* exigunt Imperatores, ut ipse pupillus adeat,
eum exigant aut ejus voluntatem, aut pro 29
herede gestionem, quibus modis aditur hereditas. §. *ult. Instit. tit. de hered. qual. et differ.*

Nec solum pupillus ipse adire debet, si intelligat id quod agit; sed etiam, si sit infans. *l. servo invito* §. *si pupillo.*
versic. sive enim ff. ad SC. Trebellian. 30
ubi notandum est discrimen inter bonorum possessionem, et hereditatem. Bonorum possessionem agnoscit tutor pro infante: hereditatem adit ipse infans pro herede gerendo auctore tutore. Quid ita? quia bonorum possessio per alium agnosci potest; hereditas adiri non potest. Quorsum desiderare actum, ac pro herede gestionem infantis, qui nullum habet intellectum, §. *sed quod diximus Inst. tit. de inut. stip. l.* 1. §. *huic proximus ff. de oblig. et act.* nisi quia per tutorem adiri non poteat hereditas?

VII. Idem fuit constitutum in curatore furiosi, cui ne Justinianus quidem, qui omnes juris regulas insuper habuit, facultatem adeundi dare voluit, sed solum agnoscendi bonorum possessionem. *l. ult.* §. *sin autem ex alia C. de curat.*
furios. vel prodig. Quod a Legislatore 31
nostro sancitum fuit ad sedandas veterum controversias, cum quidam existimarent furioso non deferri hereditatem, *l.* 1. §. *furiosi ff. de success. edict.* eumque commodum hereditatis acquirere non

posse. *l. furiosus ff. de acquir. vel om. hered.*

VIII. Cum hereditas servo delata de-
32 beat acquiri domino, adeo ut ne mo-
mento quidem temporis consistat in ser-
vo, *l. placet* 79. *ff. de acquir. hered.*
consentaneum omnino videretur, ut si
per alium posset adiri hereditas, utique
posset adiri ab ipso domino, cui statim
acquiri debet; et tamen ne dominus qui-
dem potest adire hereditatem servo reli-
33 ctam, sed ipse servus jubente domino
adire debet; et si servus nolit adire, com-
pellendus est. *l.* 1. §. *quid ergo ff. si
quis omis. caus. testam.* Quod et in fi-
lio constitutum est. *l. Julianus* 26. *ff.
eod.* Nec ad acquirendam hereditatem
quicquam proficit domini jussum sine fa-
cto servi adeuntis. *l. Antistius* §. 1. *ff.
de acquir. vel om. hered.*

In domino duo concurrunt ad prae-
standam ei facultatem adeundi: et quod
ipsi statim acquiri debet hereditas, et
quod institutio servi valet ex ejus perso-
34 na, quae sola inspicienda est. *l. non mi-
nus* 31. *ff. de hered. inst. l. debitor.*
82. §. *ult. ff. de leg.* 2. Duo etiam con-
currunt in patre: et quod ad eum per-
ventura est hereditas, et quod eadem per-
sona cum filio censetur. *l. ult. in fin. C.
de impub. et aliis substit. l. ne cum fi-
35 lio* 16. *ff. de furt.* Et tamen neque do-
minus pro servo, nec pater pro filio adi-
re potest: et filius ipse adire debet, etiam-
si sit expers consilii. *l. more in fin. ff. de
36 acquir. her.* Et quod magis est, etiamsi
dominus pro parte fuerit institutus, et
eam partem adierit, tamen non acquirit
partem relictam servo suo, sed necesse
est, ut eum adire jubeat. *l. si ex sua*
36. *ff. de acquir. hered.* Adeo verum
est, hereditatem ab alio acquiri non pos-
se, si ei delata non sit. Atque id meri-
to constitutum est: ut enim quis possit
adire hereditatem, necesse est, ut prius
ei delata fuerit. *l. si quis extraneus* 21.
37 §. 1. *ff. de acquir. hered.* Quanto minus
igitur adire poterit procurator, cui ne-
que delata est, *l. delata* 151. *ff. de V.
S.* neque acquiri debet?

Praeterquam quod si procurator adiret
hereditatem, hereditas per ejus personam
ad heredem transmitteretur: et licet in
persona ejus nullo momento consisteret; 38
tamen ipsum faceret heredem, quia he-
reditas infigitur ossibus adeuntis; et li-
cet alio transeat, tamen ille non desinit
esse heres. *l.* 3. *et l. qui liberis* §. *ult.
ff. de vulg.*

IX. Denique de hac sententia dubita-
ri non sinit text. in *l. per procurato-
rem* 90. *ff. de acquir. hered.* ibi: *per
procuratorem hereditatem adiri non pos-
se.* Non poterat dici clarius. In Pande-
ctis Florentinis legitur: *per curatorem.*
Sed si non potest acquiri per curatorem,
multo minus per procuratorem: tum quia 39
plus juris habet curator, quam procura-
tor, ut supra diximus; tum quia ille ha-
bet potestatem a lege, hic ab homine;
tum quia major urgebat necessitas hanc
facultatem concedendi curatori, qui ad-
ministrat res furiosi, aut prodigi, qui hac
in re non habent intellectum, et furio-
sum exitum faciunt; *l. hi qui* 12. *in fin.
ff. de tutor. et curat. dat.* aut minorum,
quorum est infirmum, ac imbecille con-
silium; *l.* 1. *ff. de minor.* quam procu-
ratori, qui administrat res ejus, qui sa-
nae mentis est, et perfecti judicii, et ope
procuratoris non indiget ad hereditatem
adeundam. Quorsum enim operam procu-
ratoris, et opem imploret, qui nuda vo-
luntate potest adire? Qui autem legem
hanc restringunt ad casum, de quo in *l.
cum in una* 17. *in fin. ff. de appellat.*
nempe ad curatorem datum pupillo, uti-
que maximam vim faciunt legi generali,
eam referentes ad unicum tantum casum,
qui rarissimus est.

Enimvero, ut dicam, quod sentio; etsi
Pandectarum Florentinarum apud me ma-
gna sit auctoritas; tamen hic magis mihi
arridet lectio vulgata. Primum, quia in
ea lege agitur de eo, qui mandato alte-
rius adit hereditatem, ut constat ex §.

sequenti, quod convenit procuratori, non autem curatori; praeterea quia in *l.* 1. *§. ult. ff. de off. Procur. Caesar.* ait
40 JC. *hoc praecipuum esse in procuratore Caesaris, ut miscendo se opulentae hereditati Caesarem heredem faciat:* quod demonstrat, in aliis procuratoribus aliud cautum fuisse.

Et quamvis quidam putent, hoc solum singulare esse in Procuratore Caesaris, ut possit adire sine speciali mandato; tamen id falsum videtur, quia sine speciali
41 mandato adire potest solummodo opulentam hereditatem: caeterum si hereditas solvendo non sit, Caesarem consulere debet, et ejus voluntatem explorare. l. 2. *ff. de off. Procurat. Caesar.* Utrumque autem in eo praecipuum esse videtur, non solum, quod possit miscere se opulentae hereditati sine mandato, sed etiam, quod hereditatem non opulentam adire possit cum speciali mandato. Utrumque enim continetur eadem oratione, licet in diversis legibus; adeoque ad utrumque casum pertinent illa verba: *hoc est praecipuum*, et utrumque casum complectuntur.

Nec sine causa haec singulariter Procuratori Caesaris concessa fuerunt. Neque enim Procurator Caesaris erat simplex procurator, cujusmodi sunt procuratores privatorum, nullum jus habentes praeter mandatum administrandi, quod
42 privati a privato acceperunt. Procurator Caesaris jurisdictionem habebat, et fisci jura tuebatur, et fiscales causas judicabat; *l. cum hi §. transactiones ff. de transact. l.* 2. *Cod. si adversus fisc. l. nec quicquam. in princ. ff. de offic. Procons. l. si heredum C. de transact.* et adversus ejus sententiam solus Princeps restituere poterat *l.* 1. *C. ubi et apud quem restit. in int.* Et licet jus deportandi vel relegandi non haberet, *l. ult. ff. de offic. Procur. Caesar. l.* 2. *C. de poen.* nec mulctae indicendae, *l. procuratores* 2. *C. de modo mulctar.* tamen Dio *lib. histor.* 57. videtur ipsi aliquam partem imperii tribuere. Καπίτωνα, τὸν τῆς Ἀσίας ἐπιτροπεύσαντα, ἐς τὸ συνέδριον ἐσήγαγε, ϗ ἐγκαλέσας αὐτῷ, ὅτι στρατιώταις ἐχρήσατο, ϗ ἄλλα τινά, ὡς ἀρχὴν ἔχων, ἔπραξεν, ἐφυγάδευσεν, οὐ γὰρ ἐξῆν τότε τοῖς τὰ αὐτοκρατορικὰ χρήματα διοικοῦσι πλέον ποιεῖν, ἢ τὰς νενομισμένας προσόδους ἐκλέγειν, ϗ περὶ τῶν διαφορῶν ἔν τε τῇ ἀγορᾷ, ϗ κατὰ τοὺς νόμους ἐξ ἴσου τοῖς ἰδιώταις δικάζεσθαι. *Capitonem Asiae Procuratorem in Senatum introduxit; et ipsum accusans, quod militibus usus esset, et alia gessisset perinde ac si imperium haberet, exilio mulctavit. Tunc enim non licebat iis, qui res Principis administrabant, quicquam aliud facere, quam legitima vectigalia exigere, et in foro controversias aequo cum privatis jure judicare.* Loquitur autem historicus de Tiberio: Itaque post Tiberium non omnino expertes imperii fuisse videntur. Quin et eorum sententias majorem vim habuisse, quam aliorum Judicum, probabile est, quia auctoritate Senatus nitebantur. Sveton. *in Claudio cap.* 12. *Claudius a Senatu, ut rata essent, quae procuratores sui in judicando statuerent, precario exegit.* Quo factum puto, ut adversus eorum sententiam solus Princeps posset restituere. *l.* 1. *C. ubi et apud quem in int. restit.* Quamobrem duci non potest argumentum a Procuratore Caesaris ad alios procuratores.

Haec ideo accuratius, quam res ipsa postulabat, persequuti fuimus, ut constet, quam temere Duarenus affirmaverit hanc sententiam nulla auctoritate, aut ratione niti. Ac miror, Virum doctissimum in contrariam sententiam perductum fuisse argumento admodum futili, ac prope nullius momenti. Fatetur enim, se a recepta, et communi opinione recessisse, quia procuratoris usus permissus est in omnibus negotiis, nisi in quibus id exceptum reperitur. *l.* 1. *ff. de procur.* At 43
nullo jure id excipitur: nulla lex proferri potest, in qua id exceptum reperiatur de hereditatis aditione. De bonorum possessione id certum est *ex l.* 3. *§. acquirere ff. de bonor. possess. l. qui ita* 66. *§.* 1. *ff. ad SC. Trebell.* sunt ejus verba.

Primum negatur hereditatis aditionem negotium continere, aut desiderare operam alicujus, vel ministerium personae: cum sola voluntate adeatur, et ipsum mandatum adeundi sit aditio, *l. si ego et servus ff. de acquir. hered.* ut supra probavimus satis copiose.

Praeterea negamus, hujusmodi actum non fuisse exceptum. Nam et natura ipsa aditionis, et ratio evidens, et legum auctoritas hunc actum eximit è numero eorum, in quibus opera procuratoris potest adhiberi. Sed haec omnia hic repetere opus non est, cum a nobis sint hactenus luculenter explicata.

Nec obstat, quod bonorum possessio per procuratorem agnosci possit, et hereditatis fideicommissariae restitutio alteri fieri. Etenim non posse hac in re duci argumentum a bonorum possessione, et hereditatis fideicommissariae restitutione
44 ad aditionem hereditatis, diserte traditum est a veteribus in *l. qui in aliena* 6. *in princ. et in* §. 1. *ff. de acquir. hered. et in l. servo invito* 65. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Qua de causa autem inter se differant, supra expositum est satis accurate.

Sed opponi potest, quod, licet aditio hereditatis sit actus legitimus; tamen hoc non videtur impedimento esse, quominus
45 fieri possit per procuratorem. Nam et acceptilatio est actus legitimus. *l. actus legitimi* 77. *ff. de Reg. jur.* et tamen fieri potest procuratorem, si speciale mandatum intervenerit. *l. per procuratorem* 3. *ff. de acceptil.*

Respondetur, acceptilationem fieri posse per procuratorem, non quidem directo, sed quodam quasi circuitu: nam procurator debet novare obligationem, et in se transferre, per quam novationem debitor liberatur: ipse autem debet deinceps a creditore per acceptilationem liberari ab obligatione, quam in se transtulit. *l. et per jusjurandum* 13. §. *tutor ff. de acceptil.* Hic autem circuitus vix potest locum habere in hereditatis aditione. Doctissimus et eruditissimus Raevardus *de auctor. prudent. cap.* 5. simile quiddam 46
in hereditatis aditione ingeniose commentus est. Ait enim, interposita fiducia hoc fieri potuisse. Nam si heres mancipasset hereditatem procuratori suo, abjecta remancipationis clausula, hoc est, ea fiducia, eaque lege, ut acquisitam hereditatem remanciparet heredi; procurator poterat adire, et per aditionem sibi acquirere hereditatem, quam postea tenebatur mancipare heredi, seu in eum mancipio transferre.

Sed explicatu difficile est, quomodo mancipari posset hereditas ab herede, antequam eam adiret, et acquireret. Erat enim mancipatio species alienationis: adeo- 47
que mancipari poterant solum ea, quae erant in dominio mancipantis. Ulpian. *in fragm. tit. de dominiis et acquis. Mancipatio propria species alienationis est, et rerum mancipi, eaque fit certis verbis, libripende, et quinque testibus praesentibus.* Boet. *in Topic. Ciceron. Mancipatio erat species alienationis adhibitis quinque testibus, civibus romanis puberibus, et libripende.* Eleganter Plaut. *in Curculion.*

— *Ego ne ut ab lenone quicquam*
Mancipio accipiam, quibus suum nihil est, nisi una lingua,
Qui abjurant, si quid creditum est?
alienos mancipatis,
Alienos manumittitis, alienisque imperatis.

Mancipatio enim transferebat dominium de jure Quiritium, nempe dominium legitimum, atque perfectum. Quo pertinet illud Poetae Lucretii *lib.* 3.

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu. Unde sumpsit Arnob. *lib.* 2. *advers. gent. Usu et illis est vita, non mancipio tradita.* Eleganter Cic. *lib.* 7. *epist. famil. Cujus quando proprium te esse scribis mancipio, et nexu, meum autem usu, et fructu, contentus isto sum.* Curius *ad Ciceronem epist. famil. lib.* 7. *Ergo fructus est tuus, mancipium illius.* Horat.

Si proprium est, quod quis libra mercatur, et aere.

Itaque res non poterat mancipari nisi a domino.

De eo etiam dubitari posset, an hereditas mancipari possit. Certe ab Ulpia-
48 no *in fragm. titulo laudato* non recensetur inter res mancipi, nec dicitur eam mancipari posse, sed solum notatur, eam in jure cedi posse: qua in re illud est animadversione dignum, quod hereditas ab intestato cedi potest etiam antequam adeatur. In cessione non est necesse, ut res, quae ceditur, mancipi sit: et ideo etiam praedia provincialia, quorum dominium legitimum haberi non poterat, cum eorum proprietas ad populum, aut Principem spectaret, cedi poterant, ut ibidem notat Ulpianus. In mancipatione autem necesse erat, ut, qui mancipabat, plenum ac legitimum rei dominium haberet, et ideo res non mancipi non poterant mancipari. Quo in numero fuisse puto etiam res incorporales exceptis servitutibus praediorum rusticorum. Ideo autem hereditatem legitimam etiam non aditam cedi potuisse existimo, quia cum ad eam heres vocetur a lege, per cessionem ejusdem legis ministerio in ejus locum subrogatur is, cui ceditur hereditas. Hinc recte ait Ulpianus: *Si, antequam adeatur hereditas, in jure cessa sit, perinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset.*

Quoniam in haec incidimus, respondendum est alteri argumento, quod infirmat, ac labefactat sententiam, quam supra constituimus, nosque in eas adigit angustias, ex quibus vix ulla patet evadendi via. Nititur illud auctoritate Ciceronis *epistol.* 44. *lib.* 13. *ad Attic.*
49 ubi ait: *Ex eo cognovi cretionem C. Livii liberam testibus praesentibus sexaginta duobus. Metuebam, ne ille arcessendus esset: nunc mittendum est, ut meo jussu cernat.* et *Epist.* 45. *Idem Pollex remittendus est, ut ille cernat.*

Hotomannus ait, liberam fuisse cretionem, quia testator dederat facultatem heredi vel per se, vel per procuratorem adeundi; legit autem: *testibus praesentibus, sexaginta diebus.* Quare non po- 50
test dici libera ratione temporis, quia certum tempus erat praescriptum. Solum igitur cretio libera erat, quia testator facultatem dederat cernendi per procuratorem.

Sed non facile admiserim, potuisse te- 51
statorem sua dispositione refragari juris dispositioni, et solemnibus actus legitimi, contra text. in *l. quod bonis* 15. § 1. *ff. ad leg. Falc. in l. nemo potest ff. de legat.* 1. *in l. jus publicum ff. de pact.* Nec possum omnino probare illam lectionem, licet ab aliis quoque recepta sit. Quorsum enim testes nominavit Cicero, si numerum eorum non adjecit? Quis ignorat, cretionem factam fuisse praesentibus testibus, nec aliter fieri potuisse? Supervacanea igitur est illa adjectio testium, aut dispositio circa testes, nisi numerus eorum praescribatur. Quis heredem hodie instituit adjecta lege, ut hereditatem adeat, vel nuda voluntate, vel pro herede gerendo? Ridicula esset hec dispositio. De hoc jus disponit, non testator.

Duo itaque mihi videntur esse perfugia. Alterum, quod tutissimum est, ibi institutum fuisse filium, aut filiam Ciceronis, qui jussu ejus cernere debebant.
Nam et in cretione jussus patris erat omni- 52
no necessarius. Extat Antonini constitutio in Codice Gregoriano his verbis: *Si in potestate patris fuisti, cum hereditas Bassae tibi obvenit, eamque jussu patris crevisti, jure patriae potestatis ei eam quaesiisti.* Nec contrarium suadent illa verba Ciceronis: *nihil a nobis legavit.* Nam cum hereditas patri statim acquiratur, *l. placet ff. de acquir. vel om. hered.* ipse pater solvit legata.

Alterum est, quod ibi Ciceroni datus erat coheres Titius Hordeonius, quo casu potest aliquatenus defendi sententia doctissimi Raevardi, quam modo impu-
gnavimus. Potest enim quis coheredi man- 53

dare, ut adeat totam hereditatem, adhibita fiducia, ut sibi postea mancipet, aut cedat portionem ad se pertinentem. Illud enim mandatum continet repudiationem mandantis: quo fit, ut ejus pars accrescat coheredi adeunti. *l. qui ex duabus* 52. §. *ult. ff. de acquir. hered. l. unic.* §. *his ita C. de caduc. tollen.* Itaque partem acquisitam potest postea in jure cedere, aut alio modo transferre in coheredem. Veteres, ne recederent a re-
54 gulis juris, saepenumero his circuitionibus utebantur. Exempla sunt: primum in acceptilatione, in qua procurator prius transfert obligationem in se ipsum, deinde a creditore liberatur per acceptilationem: *l. et per jusjurandum* §. *tutor ff. de acceptilat.* qua de re uberius supra. Alterum in veteri mancipatione, in qua venditor fundum venditum mancipabat procuratori: procurator fundum mancipio acceptum remancipabat emptori: ut docet Cicero eodem libro. 13. *ad Atticum ep.* 48. *Vestorius ad me scripsit, ut juberem mancipio dari servo suo pro mea parte Heterio cuidam fundum Brinnianum, ut ipse ei Puteolis recte mancipio dare posset, eum servum, si tibi videbitur, ad me mitte.* Ergo Cicero mancipat fundum servo Vestorii ad se misso; servus acquirit fundum domino suo Vestorio; Vestorius mancipat emptori Puteolis. Huc etiam pertinet illud ex *epist.* 5. *ad Attic. lib.* 10. *Ad me nuper, se HS.* XXX. *emisse*: (diversorium) *ut scriberem, cui vellem addici. Diem pecuniae Id. Novembr. esse rescripsi.* Hoc circuitu saepe veteres utebantur, ne recederent a regulis juris. Simile quiddam apparet in Aquiliana stipulatione. Naturae conveniens est, unumquodque eo genere dissolvi, quo et ligatum est. *l. nihil tam naturale ff. de reg. jur.* Idcirco obligationes, quae verbis contractae non erant, verbis dissolvi non poterant. *l. an inutilis* 8. §. *acceptum ff. de acceptil.* § *item per acceptilationem In-*
55 *stit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Ne recederent ab hac regula Juriaconsulti, statuerunt solummodo obligationes verbis contractas per acceptilationem tolli posse. Quod recta via fieri non poterat, per circuitionem assequutus est Gallus Aquilius, inventa Aquiliana stipulatione, per quam obligatio quocumque modo contracta transfunditur in obligationem verborum, et postea tollitur per acceptilationem. *l. et uno* 18. §. 1. *ff. de accept.* §. *est autem. Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Et in cernenda hereditate similem quemdam circuitum usurpasse non est improbabile.

Jam vero ad alia progrediamur. Filius, et servus adeunt hereditatem jussu mandatoque patris, ac domini. *l. qui in aliena* 6. *l. si quis mihi* § *sed quid si mandavit ff. de acquir. heredit.* Sed qui mandato alterius aliquid gerit, procurator est. *l.* 1. *et toto tit. ff. de procurat.*

Facilis, et expedita distinctio. Procurator est, qui gerit aliquid mandato alterius, et ejus nomine; non vero qui gerit nomine proprio, licet id gerat, ut
alicujus praeceptis obtemperet. Patris, ac 56
domini jussus est, non mandatum, quale est illud procuratoria. *l. si quis mihi* 25. *ff. de acquir. hered. l. si ego et servus ff. eod. l. servus dotalis* 58. *ff. solut. matrim. l. si servus* 7. *in fin. ff. de hered. inst. l. acquiruntur.* §. 1. *vers. ideoque ff. de acquir. rer. dom.* §. *item vobis Inst. tit. per quas person. cuique acquir.* Mandatum enim procuratoris est contractus, et perficitur utriusque consensu. *tot. tit. Instit. de mand. tit. ff. et C. eod.* Jussus patris, ac domini unius jubentis voluntate constat, cui filius, et servus tenentur obtemperare. Praeterea filius, et servus, etsi adeant jussu patris, ac domini; tamen adeunt suo nomine, non alieno, et adeunt hereditatem sibi delatam, non hereditatem delatam patri, ac domino, quam utique adire non possunt. Procurator adit hereditatem non suo nomine, sed mandantis, et adit hereditatem non delatam sibi, sed mandanti. Uno verbo non adeunt hereditatem si-

bi delatam pater, ac dominus per filium ac servum; sed filius ac servus adit hereditatem sibi delatam jussu patris ac domini: et ipse filius ac servus fit heres. *l.* 3. *et l. liberi* 8. *ff. de vulg.* licet eam statim acquirat patri ac domino, vi patriae ac dominicae potestatis. *l. placet ff. de acquir. hered.*

Superest text. *in l. si infanti C. de jure deliber.* in qua permittitur patri aut
57 tutori infantis adire pro eo hereditatem. Sed hoc specialiter a Justiniano constitutum est in solo infante, ut constat ex eadem *l. §. ult.* cum olim ipse infans adire deberet. *l. invito* 66. *§. si pupillo ff. ad SC. Trebellian.* Sed hoc ipsum demonstrat, pro alio adiri non posse.

His expositis rem in pauca contraham. Aut datus est procurator omnium bonorum: aut datus est procurator ad adeundam hereditatem. Si datus est procurator omnium bonorum, hic certe adire non potest hereditatem domino delatam: mandatum enim generale non tribuit facultatem adeundae hereditatis, sed requiritur mandatum speciale, *l. si quis mihi bona* 25. *§. sed utrum ff. de acquir. he-*
58 *red.* Et praecipuum est in Procuratore Caesaris, ut possit adire: *l.* 1. *§. ult. ff. de offic. Procur. Caes.* quam facultatem vel ipse Caesaris Procurator habet solum, cum hereditas est opulenta, non cum hereditas solvendo non est. *l.* 2. *ff. eod.*

Si vero datus sit procurator adeundae hereditatis, rursus distinguendum est. Aut habet mandatum generale ad adeundam quamlibet hereditatem, et hujusmodi mandatum est inutile. *d. l. si quis mihi §. an nominatim ff. de acquir. hered.* Aut habet mandatum speciale ad adeundam cer-
59 tam hereditatem. Et, si mandatum illud contineat hereditatem viventis, pariter est inutile. *d. l. si quis mihi §. an nominatim ff. de acquir. hered.*

Tota igitur quaestio eo redigitur, an possit heres, cui jam delata est certa hereditas, mandare procuratori, ut eam adeat. Et sane si simpliciter mandet, supervacaneum est mandatum: nam eo ipso adit hereditatem, ut supra probavimus ex *l. si ego et servus ff. de acquir hered.* Itaque nihil superest peragendum procuratori, cum hereditas semel adita amplius adiri non possit: quia statim transfert omne jus defuncti in heredem adeuntem. *l. heres in omne ff. de acquir. hered.*

Solus igitur superest casus, cum heres non mandat simpliciter, ut adeat hereditatem; sed cum hereditas in longinquo posita sit, aut multis oneribus implicata, mandat procuratori, ut diligenter expendat, et excutiat vires hereditatis; et si cognoverit, eam esse lucrosam, adeat. Quo casu in foro a plerisque receptum est, adiri posse hereditatem per procuratorem: quod et Duarenus subodoratus est.

Enimvero haec sententia non est absurda; et quoad effectum meo judicio verissima est: nam non ante heres acquirit hereditatem, quam procurator eam adiverit. Illud tamen falsum est, quod heredi acquiratur ex aditione procuratoris. Ei enim acquiritur ex sua volunta- 60
te, et ex propria aditione. Licet enim mandatum sit conditionale, et non inducat aditionem, quia hereditas sub conditione adiri non potest; *l. actus. legitimi ff. de reg. jur. l. cum quis* 51. *ff. de acquir. her.* tamen cum voluntas heredis continetur, et excurrat in illud tempus, quo aditur hereditas a procuratore; non ex facto procuratoris acquiritur, sed ex voluntate heredis cum facto procuratoris concurrente. Nam si voluntas heredis non continuaretur, et non concurreret cum aditione procuratoris, nulla esset aditio. *ex text. in l. qui servum* 47. *et in l. sequent. ff. de acquir. hered.* Cum autem voluntas heredis, ejusque destinatio sola sufficiat ad adeundum, *l. si avia C. de jur. delib. §. ult. Instit. tit. de hered. qual.* hac sola voluntate acquirit hereditatem, et factum procuratoris solummodo tendit ad declarandam voluntatem he-

redis Declaratio autem; etsi necessaria sit; tamen non declaratione acquiritur hereditas, sed voluntate, de qua constat per declarationem.

CAPUT XIIII.

Ad l. 2. §. sed etsi mater ff. ad SC. Tertull. et l. 1. §. qui habebat ff. de bon. poss. cont. tab.

SUMMARIUM.

I. Quaestio proponitur.
II. Jure veteri agnati vocabantur in infinitum, et n. 40.
III. Cognatus proximior, vel aeque proximus, non escluditur a cognato remotiore, licet ille sit etiam agnatus.
IV. Quae bonorum possessiones dentur transversalibus.
V. In successione non admittitur ordo subsequens, nisi deficiente penitus antecedente. et n. 29.
VI. Non defertur bonorum possessio ei, qui est ultra gradum a jure praescriptum.
VII. Bonorum possessio *unde cognati* soli proximo defertur.
VIII. Non consideratur in jure tertium genus conjunctionis ex cognatione et agnatione compositum, ex quo successio deferatur.
IX. Agnatus petens *unde cognati* non excludit cognatos proximiores, aut aeque proximos.
X. In bonorum possessione *unde cognati* sola proximitas spectatur.
XI Nec attenditur jus agnationis.
XII. Et agnati admittuntur ultra sextum gradum.
XIII. Agnati sunt cognati.
XIV. Aliquando eadem est conjunctio tam agnationis, quam cognationis: aliquando diversa, et quid operetur.
XV. Non defertur bonorum possessio *unde cognati*, nisi deficiente *unde legitimi*. et n. 16.
XVII. Soror olim patri praeferebatur in successione.
XVIII. Mater autem patri postponebatur.
XIX. Nemo potest simul uti duplici jure in succedendo.
XX. Incapax succedendi jure agnationis, non potest uti eo jure succedens inter cognatos.
XXI. Non defertur successio ei, qui est ultra gradum successioni praescriptum.
XXII. Frustra petitur successio, quae non est delata.
XXXIII. Non prodest proximitas ei, qui non est ex genere vocatorum, et explicatur exemplis.
XXIV. Ut quis admittatur ad successionem, tria requiruntur.
XXV. Successio agnatis non defertur jure proximitatis sed jure agnationis. et 26.
XXVII. Succedens tamquam nepos non potest uti praerogativa filii, etiamsi sit filius: et contra, si velit succedere tamquam filius, non potest uti praerogativa nepotis. et 28.
XXIX. Succedens in secundo ordine non potest mutuari qualitatem tertii ordinis.
XXX. Qualitas non potest esse sine substantia, cui cohaereat.
XXXI. Generatio et cognationem et gradum simul efficit.
XXXII. Gradus est a cognatione inseparabilis.
XXXIII. Nec potest transferri de una conjunctione ad aliam.
XXXIV. Duplex vinculum ultra fratrum filios non attenditur.
Maxime si utrumque non sit ejusmodi, ut tribuat jus succedendi.
XXXV. Bonorum possessio *unde legitimi* datur solum a lege vocatis ad hereditatem.
XXXVI. Proximus agnatus et a lege, et a Praetore vocatur, et praefertur omnibus cognatis.
XXXVII. Proximus dicitur etiam, qui solus est.
XXXVIII. Agnatio est nomen civile, et consistit in praerogativa succedendi in hereditatibus, et tutelis.
XXXIX. Sublata hac praerogativa tollitur agnatio: et probatur exemplis.
XLI. Proximus est, quem nemo praecedit.
XLII. Proximitas, quam quis habet tamquam cognatus, non constituit eum proximum agnatum.
XLIII. In fideicommissis agnatitiis desumi potest proximitas a cognatione juxta communem Pragmaticorum sententiam.
XLIV. Successio intestata differt a testamentaria.
XLV. Capax succedendi facilius potest proximitatem gradus mutuari quam incapax.
XLVI. Gradus non tribuit jus succedendi incapaci.
XLVII. Foemina nubens in familia conservat, et propagat agnationem: sed refellitur haec opinio nn. seqq.
XLVIII. Foemina per nuptias non transit in familiam viri: nec desinit esse agnata, et manet in potestate patris: et fit affinis viro non agnata.
XLIX. Filii vulgo quaesiti sunt cognati matri suae, et inter se.
L. Filii sunt patris, non matris agnati: et patris, non matris familiam sequuntur.
LI. Nemo potest esse agnatus illis, quibus per matrem conjungitur.
LII. Jure civili saepenumero foeminae nubebant in familia; et afferuntur exempla.

Novam, et ab Interpretibus nostris hactenus non agitatam quaestionem de bonorum possessionibus aggredimur. Ex facto quesitum fuit: Decessit Cajus ab intestato: concurrunt ad ejus successionem Titius agnatus Caji ultra decimum gradum, ejusdemque cognatus in tertio, utpote natus ex sorore defuncti; et Sempronius cognatus Caji in secundo gradu: quis eorum praeferatur in bonorum possessione. Quaestio proponi potest in genere: An cognatus remotior excludat cognatum proximiorem, vel aeque proximum, dummodo sit defuncto conjunctus etiam jure agnationis, sed ultra gradum in successione prescriptum. Sustulit hanc controversiam jus novissimum, sublata prae- 1

rogativa agnationis. Itaque hac de re disputari solummodo potest, aut secundum jus vetus, quo agnati praeferebantur cognatis; aut secundum jus municipale, quo ubique fere locorum agnati usque ad certum gradum cognatis praeferuntur.

Respondi, hanc quaestionem jure ve-
2 teri non fuisse definitam. Licet enim eo jure agnati cognatos excluderent; tamen nullus usquam gradus agnatorum successioni praescriptus est, et ubique vocantur ad successionem sine ulla praefinitione. *l.* 2. §. *agnati et* §. *haec hereditas ff. de suis et legit. hered. l. Jurisconsultus* 10. *ff. de gradib. et affin.* §. 1. *Instit. tit. de legit. agn. tut.* §. *ult. Inst. tit. de servil. cognat.* §. *caeterum Instit. tit. de legit. agn. success. novell.* 118. *cap.* 3. *l. unic. C. unde vir et ux. l.* 1. *C. de bon. vac.* Solus Justinianus exempli causa nominavit decimum gradum in §. *hoc loco Instit. tit. de success. cogn.* Cum igitur in jure nostro nusquam successio agnatorum intra certum ac definitum gradum cogatur, non potest in eo reperiri exemplum agnati non succedentis, eo quod sit ultra gradum praescriptum successioni agnatorum.

Admissa tamen communi sententia, praescribente decimum gradum agnatorum successioni, vel examinando controversiam de jure municipali, verissimum
3 puto, cognatum proximiorem, vel aeque proximum non excludi a cognato, qui sit simul agnatus defuncti, sed ultra gradum successioni praescriptum. Ut autem id demonstremus, duo sunt praemittenda.

4 Primo, quod transversalibus duae tantum competunt bonorum possessiones: *Unde legitimi, et unde cognati.* §. *sed eas Inst. tit. de bon. poss. l.* 1. *ff. quis ord. in bonor. poss. serv.* Itaque Titius remotior cognatus, et simul agnatus, aut petere debet bonorum possessionem *unde legitimi*, tamquam agnatus; aut *unde cognati*, tamquam cognatus. Neque enim ulla alia bonorum possessio ei defertur.

Secundo, quod in successione ab intestato, et praesertim in bonorum possessionibus, plures divisi sunt gradus, seu ordines succedentium: veluti de jure veteri liberorum, legitimorum, cognatorum: de jure novissimo descendentium, ascendentium, et collateralium. *l.* 1. §. 1. *ff. si tab. testam. null. exstab. novell.* 118. *cap.* 1. 2. *et* 3. Atque ita divisi 5
sunt, ut, quamdiu superest persona aliqua primi ordinis, non admittatur quisquam secundi ordinis, nec ad tertium ordinem progredi possimus, nisi secundo penitus excluso, ac terminato. *l. filius qui* 42. §. *cum filium ff. de bon. libert. l.* 1. §. *sed videndum*: ibi: *caeteris defertur ff. de success. edict.* juncta *l. delata* 151. *ff. de V. S.* Itaque hi ordines confundi, et commisceri non possunt, quia non defertur haereditas, et bonorum possessio ordini subsequenti, nisi deficientibus omnibus personis ordinis antecedentis. *d. l.* 1. *et d. l. delata.*

Hisce praemissis, quae sunt exploratissimi juris, ad rem veniamus. Aut Titius petit bonorum possessionem *unde legitimi*, aut *unde cognati*: nulla enim alia ipsi deferri potest. Bonorum posses- 6
sionem *unde legitimi* frustra petit: quia, cum supponamus, hanc bonorum possessionem non deferri agnatis ultra decimum gradum, a jure praescriptum successioni agnatorum; et Titium esse agnatum ultra decimum gradum; evidens est, Titio hanc bonorum possessionem non deferri.

Frustra etiam petet bonorum possessionem *unde cognati*, quia, cum haec proximitatis jure deferatur, excluditur a Sempronio, quem supponimus esse cognatum proximiorem. *princ. tit. Instit. de success. cognat. l.* 1. §. *si quis proximior. ff. unde cognat. l.* 2. *in fin. C. de successor. edict. novell.* 118. §. *si vero.* Nulla igitur ei defertur bonorum pos- 7
sessio: non *unde legitimi*, tamquam agnato, quia est ultra gradum successioni praescriptum; non *unde cognati*, tamquam cognato, quia non est proximus.

Cum non possint admitti ad successionem neque tamquam agnatus, neque tamquam cognatus, superest tantummodo, ut petat bonorum possessionem utroque jure simul, tam agnationis, quam cognationis: hoc est, ut cujungat agnationem cum cognatione, et simul utatur utraque praerogativa agnatorum, et co-
8 gnatorum, inaudita quadam incisione agnationis et cognationis, ex qua fiat tertium quoddam genus conjunctionis ex utraque compositum; et tertius ordo successionis cûm secundo commisceatur, et confundatur. Atqui nec hi duo ordines, qui sunt inter se omnino distincti, ac separati, possunt commisceri, ut initio probavimus; nec ulla usquam a Praetore proposita est specialis bonorum possessio venientibus ad successionem utroque jure, cum agnationis, tum cognationis. Ergo, si neque admittitur ad bonorum possessionem *unde legitimi*, neque ad bonorum possessionem, *unde cognati*; neque proposita est ulla alia bonorum possessio, ad quam possit admitti, utique nulla ei defertur, nulla competit bonorum possessio.

Atque haec clarissima sunt germanam juris scientiam callentibus. Quia tamen multi bic baerent, nec facile se possunt expedire, enucleanda sunt accuratius. Si Titius id agit, ut admittatur, et tamquam agnatus simul, et tamquam cognatus, alterutrum necessarium est: vel ut petat bonorum possessionem *unde cognati*, tamquam cognatus, et ab agnatione mutuetur jus agnationis, quo fulciat, et corroboret cognatiooem, per se infirmam, et incapacem successionis: vel, ut petat bonorum possessionem, *unde legitimi*, tamquam agnatus, et a cognatione mutuetur gradus praerogativam, seu proximitatem, qua destituitur agnatio. Utrumque autem est contra regulas, et praecepta juris; et ideo neutrum Titio permittendum.

Non potest Titius petendo bonorum possessionem *unde cognati*, et succedens tamquam cognatus, mutuari praerogativam, et jus praelationis ab agnatione ad excludendum proximiorem cognatum. E- 9
tenim agnatus, qui petit bonorum possessionem *unde cognati*, etiamsi sit agnatus in gradu successibili; tamen non praefertur cognatis proximioribus, aut aeque proximis, sed inter caeteros aeque proximos admittitur; *l. 1. §. sed videndum*, ibi: *inter caeteros ff. de success. edict. §. placebat.* ibi: *imperfecto jure. Inst. tit. de agnat. success.* et ibi omnes Interpretes; et est in confesso apud omnes DD. Itaque foemina agnata, quae olim admittebatur inter cognatos, non praeferebatur cognatis aeque proximis, sed succedebat secundum gradus praerogativam. *§. caeterum. vers. sed quia Inst. tit. de legit. agnat. succes.*

Ratio autem duplex est. Prima, quia 10
haec bonorum possessio solius proximitatis nomine defertur, et ideo appellatur in jure nostro bonorum possessio *proximitatis nomine. § eos, et §. vulgo et §. ult. Instit. tit. de success. cogn. princ. tit. Instit. de serv. cognat. l. capitis* 3. *l. si spurius* 4. *ff. unde cognat. l. ad intestati* 5. *C. de legit. hered. l. item* 8. *ff. de suis, et legit. hered. l. qui admitti l.* 1. *l.* 2. *§. nam si quis* 1. *ff. de jur. et fact. ignor.* Itaque in hac bonorum possessione deferenda Praetor nihil aliud considerat, quam gradus proxi nitatem.

Altera ratio est, quia, qui vult frui privilegio, ac praerogativa agnationis, petere debet bonorum possessionem *unde legittimi*, quae jure agnationis defertur. Qui petit bonorum possessionem *unde cognati*, hoc ipso declarat, se nolle uti jure agnationis: nec posset uti, si vellet: quia, ut initio diximus, cum sint 11
separati ordines succedendi, ita ut simul concurrere non possint; qualitas, et praerogativa secundi ordinis in tertium transferri non potest, in quo sola cognationis conjunctio consideratur. Quamobrem licet agnati in bonorum possessione *un-*

de legitimi admittantur etiam usque ad
12 decimum gradum; tamen in bonorum possessionem *unde cognati* uon admittuntur ultra sextum: *l. octavi ff. unde cognat.* et DD. omnes: quia in hoc tertio ordine nulla habetur agnationis ratio.

Ex his procul dubio infertur, Titium succedentem, tamquam cognatum, per bonorum possessionem *unde cognati*, non posse excludere proximiorem cognatum, propterea, quod sit etiam agnatus. Etenim si ille, qui est agnatus, intra gradum successioni praescriptum, uti non potest praerogativa agnationis, quando succedit in tertio ordine, tamquam cognatus; multo minus ea uti poterit, qui est agnatus ultra gradum successioni praescriptum. Si illi non prodest agnatio, licet ipsa per se sit utilis ad succedendum: multo minus huic prodesse potest illa agnatio, quae non est utilis ad succedendum, neque reddit Titium capacem successionis. Illud etiam animadvertendum est, quod, quando agnatus succedit in tertio ordine, tamquam cognatus, idem est vinculum, eademque conjunctio sanguinis, qua constituitur et agnatus, et
13 cognatus. Nam et agnati sunt cognati, eademque conjunctio sanguinis, quae facit agnatum, facit etiam cognatum. *§. 1. Instit. tit. de legit. agnat. tut. et §. 1. de legit. agn. success.* Itaque etsi omiserit bonorum possessionem *unde legitimi*, tamquam agnatus, et petat bonorum possessionem *unde cognati*; tamen in petenda hac bonorum possessione utitur eodem vinculo, eademque conjunctione sanguinis, quae tribuit ipsi jura agnationis. Verum, quia venit ad successionem tamquam cognatus, non tamquam agnatus; nihilominus non potest allegare jus agnationis ad excludendum aeque proximum. aut proximiorem cognatum. Multo minus igitur id allegare poterit, quando jus agnationis non promanat ab eo vinculo, eaque conjunctione sanguinis, quae tribuit ipsi jura successionis. Si conjungi non potest jus agnatione, cum agnatione quando utraque manat ab una, eademque conjunctione sanguinis, et nititur uno, eodemque vinculo consanguinitatis, quo ad successionem admittitur, quanto minus conjungi poterunt in casu nostro, in quo duae sunt causae distinctae, ac separatae, agnationis, et cognationis; duo sunt vincula; duae conjunctiones; et conjunctio, per quam admittitur ad successionem tamquam cognatus, nihil commune habet cum conjunctione, per quam est agnatus? Primo casu idem est agnatio, et cognatio, et eatenus differt, quatenus in cognatione consideratur conjunctio sanguinis in genere; in agnatione consideratur in specie, quatenus est specialis conjunctio per masculos, caeterum est una et eadem conjunctio. In casu nostro diversa est agnatio a cognatione: diversae enim sunt conjunctiones, diversae personae, ex quibus utraque oritur.

Confirmatur, quia aut Titio defertur 14
bonorum possessio *unde legitimi*, tamquam agnato, aut non defertur. Neutro casu potest excludere proximiorem cognatum petendo bonorum possessionem *unde cognati*. Nam si ei defertur bonorum possessio *unde legitimi*, utique non potest petere alteram bonorum possessionem *unde cognati*, nisi repudiet bonorum possessionem *unde legitimi*, quae prius defertur. Neque enim fit locus cognatis, 15
nisi deficientibus, aut repudiantibus agnatis: neque defertur bonorum possessio *unde cognati* personis vocatis in tertio ordine, quamdiu personae vocatae in secundo ordine possunt petere bonorum possessionem *unde legitimi*; quia haec illam praecedit. *princ. tit. Instit. de success. cognat. §. fin. in fin. Instit. de servil. cognat. l. 1. ff. quis ord. in bonor. possess. servet.* Repudiata autem bonorum possessione *unde legitimi*, non potest amplius uti jure, et praerogativa agnationis ad excludendum proximiorem cognatum. Probatur id evidenter ex *l. 2. §. sed etsi ipsa mater 19 ff. ad SC. Ter-*

16 *tullian.* Species ejus legis haec est. An-
tonius ex Faustina filia nepotem habebat.
Eum adoptavit in locum filii. Decessit
hic filius adoptivus: quaesitum est, ad
quem deferatur ejus successio, utrum ad
Antonium patrem, an ad Faustinam? Fau-
stina defuncti mater est, et soror: ma-
ter ratione generationis; soror jure adop-
17 tionis. Soror olim patri praeferebatur. §.
praeferuntur Instit. tit. de SC. Tertull.
d. l. 12. §. *si sit consanguinea ff. ad*
18 *SC. Tertull.* Mater vero patri postpone-
batur. *d.* §. *praeferuntur et d. l.* 2. §.
undecumque ff. ad. SC. Tertull. Itaque
Faustina duplici vinculo conjungitur de-
functo, et qua mater est, et qua soror;
et duplici jure potest succedere, et tam-
quam soror, et tamquam mater. Tam-
quam soror excludit patrem: tamquam
mater a matre excluditur. Respondet igi-
tur JC. in *d. l.* 2. §. *sed etsi ipsi ma-*
ter; quod si Faustina petat hereditatem,
19 tamquam soror, excludit patrem; si vero
repudiavit jus consanguineae, et veniat
tamquam mater, a patre excluditur: quia,
quae petit hereditatem, tamquam mater,
non potest uti jure sororis, licet soror
sit. Etenim non defertur ei hereditas, tam-
quam matri, nisi prius extincto jure suc-
cedendi, quod habebat tamquam soror,
vel per repudiationem, vel per lapsum
temporis: ac propterea uti non potest eo
jure, quod jam extinctum est. Ita in ca-
su nostro Titius duplici vinculo conjun-
gitur defuncto, agnationis, et cognatio-
nis, et duplici jure potest admitti ad suc-
cessionem: sed si velit succedere, tam-
quam cognatus, non potest uti jure agna-
tionis, quae nullum amplius ei prae-
stat jus succedendi, cum sit extinctum
vel per repudiationem, vel per lapsum
temporis.

Quod si Titio non defertur bonorum
possessio *unde legitimi*, sed sola bonorum
20 possessio *unde cognati*; quia non est
agnatus intra gradum praescriptum suc-
cessioni agnatorum; multo minus in suc-
cedendo uti poterit jure agnationis ad ex-
cludendum proximiorem cognatum: quia
hoc jus succedendi ratione agnationis
numquam habuit. Si jus succedendi ratio-
ne agnationis nobis non prodest, quando
illud amisimus, quanto minus prodesse
potest, quando numquam habuimus? Qui
repudiavit, ipse per se jure capax est suc-
cessionis inter agnatos: hic autem nec est
nec unquam fuit capax successionis. Ille
(ut a Scholis formulas mutuemur) pri-
vatur successione, quae defertur agnatis,
accidentaliter: hic vero essentialiter. Ab-
surdum est plus juris huic tribuere, quam
illi: sicut absurdum esset plus tribuere
ei, qui intestabilis est, quam ei, qui jure
fuit institutus, licet omiserit hereditatem.

Hactenus demonstratum est, non pos-
se Titium, petentem bonorum possessio-
nem *unde cognati*, mutuari praerogati-
vam, et jus succedendi ab agnatione, ut
excludat poximiorem, vel aeque proxi-
mum cognatum. Superest demonstran- 21
dum, quod nec admitti potest ad bono-
rum possessionem *unde legitimi*, mutuan-
do proximitatem, et gradum a cognatio-
ne. Si enim Titius est agnatus ultra gra-
dum successioni praescriptum, et nulli
alii sunt agnati, non defertur hujusmodi
successio. *l. delata ff. de V. S.* Frustra
igitur petitur bonorum possessio *unde le-*
gitimi, si ea non defertur: et frustra
quaeritur de proximitate gradus, non de-
lata bonorum possessione: frustra enim 22
petit successionem ille, cui delata non
est. *l.* 1. §. *decretalis ff. de success. edict.*
juncta *l. is potest ff. de acquir. vel omitt.*
hered. l. in plurium ff. eod. Item prius
necesse est, ut quis sit ex genere voca-
torum ad eam successionem; deinceps,
ut sit proximus; nihil enim prodest gra-
dus proximitas ei, qui non habet jus ca- 23
piendae hereditatis. Emancipati olim, et
nunc erant filii, et erant proximi: utrum-
que tamen nihil eis proderat, quia a le-
ge duodecim Tab. non erant vocati ad
hereditatem. §. *emancipati Instit. tit. de*
success. quae ab int. Mater ante Sena-
tusc. Tertullianum erat proxima, non ta-

men excludebat remotiorem agnatum, quia non habebat jus capiendae legitimae hereditatis *princ. tit. Instit. de SC. Tertull.* In summa, ut quis admittatur ad successionem ab intestato, caeteris omnibus exclusis, tria concurrant necesse est. Primum, ut delata sit hereditas, et suc-
24 cessio: deinde, ut ille sit ex genere vocatorum ad eam successionem: denique ut sit omnium vocatorum proximus. Titius in casu nostro, etiamsi posset mutuari proximitatem gradus a cognatione, tamen non posset succedere, quia neque delata est agnatis successio, cum nulli sint intra gradum a lege praestitutum; neque est ex genere vocatorum ad bonorum possessionem *unde legitimi*: vocantur enim ad eam legitimi heredes, ille autem non est hujusmodi, ut infra probabimus: et vocantur usque ad certum gradum, non ultra; ille autem est ultra gradum, ac proinde non est ex numero vocatorum; nihilque ei prodesse potest proximitas, quam a cognatione mutuatur.

Alia quoque de causa a cognatione adscita proximitas prodesse non potest ad excludendum proximiorem cognatum, quia agnati cum cognatis concurrentes in successione, eos excludunt jure agnationis, non jure proximitatis: succedunt enim agnati non jure proximitatis, sed solum jure agnationis. §. *ult. vers. toties Instit. tit. de servil. cognat. l. spurius* 4. *ff. und. cognat. l. ab intestat.* 5. *C. de legit. hered.* §. *fin. Inst. tit. de success. cogn.* et ibi Vult. *n.* 4. Cujac. in *l.* 1.
25 §. *proximus ff. unde cogn.* Cum enim agnati remotiores praeferantur proximioribus cognatis, utique praeferri non possunt jure proximitatis: nam jure proximitatis remotior non potest excludere proximiorem, sed semper proximior praefertur. *auth. de hered. ab intest.* §. *si vero l. Jurisconsultus* 10 *in princ. ff. de gradib. et affin.* Itaque in concursu agnatorum, et cognatorum non proximitas spectatur, sed solum jus agnationis: et ideo soli cognati proximitatis nomine succedere dicuntur, non agnati, ut supra probavimus. Frustra igitur Titius mutuatur proximitatem a cognatione, cum non habeat jus agnationis, jus capiendae legitimae hereditatis, quo solo nititur agnatorum successio, et quo sublato praeferri non potest proximioribus, aut aeque proximis.

Dico jam, quod Titius ne quidem potest mutuari proximitatem a cognatione, et uti gradu proximitatis; quem habet tamquam cognatus, si velit succedere jure agnationis. Probatur id primo, quia nemo, qui aliquo titulo adspirat ad suc- 26
cessionem, uti potest qualitate, aut gradu, quem habet alio nomine; nec cuiquam permittitur ex duabus personis, quas potest repraesentare, unam conflare, et conjungere duas qualitates ad excludendum proximiorem, vel aeque proximum. *l.* 1. §. *qui habebat ff. de bonor. poss. contr. tab.* Quidam habebat Cajum filium, et ex eo nepotem Sejum. Emancipavit Cajum, eumque adoptavit in locum nepotis. Quaeritur, an Cajus Sejo praeferatur in parentis successione. Et quidem, si potest mutuari proximitatem a se ipso, quam habet tamquam filius, utique praeferendus est nepoti Sejo. Sejum enim praecedit, cum sit in pri- 27
mo gradu, tamquam filius defuncti, et Seji pater; et sit in potestate propter adoptionem. Nihilominus tamen respondet JC. Cajum Sejo praeferendum non esse: ratio est, quia in potestate est, quasi nepos adoptivus, non quasi filius; *l.* 1. §. *si quis filium ff. si tab. test. null. extab.* et quasi nepos est in pari gradu cum Sejo, nec ipsum praecedit. Et quamvis sit etiam filius; tamen cum succedat quasi nepos, uti non potest proximitate, quam habet quasi filius. Si vero velit succedere, tamquam filius, non poterit uti praerogativa sui heredis, quam habet quasi nepos: quia quasi nepos est in potestate: quasi filius autem est emancipatus. Uno verbo, si petat successionem, quasi filius, quia est emancipatus, jungitur nepoti in potestate existenti. *l.* 1. §. *si quis filium*

ff. si tab. testam. nullae extab. l. 1. *et tot. tit. ff. de conjung. cum emanc. liber.* Si vero petat, quasi nepos, est in pari gradu cum altero nepote: nec potest eum excludere ea de causa, quod ipsum praecedat, quasi filius, adscita proximitate a persona filii. In hoc casu non agitur de adsciscenda proximitate ab alio ordine succedendi, quia tam filius, quam nepos succedunt in primo ordine liberorum. Item non agitur de admittendo ad successionem eo, qui natura sua sit incapax ejus successionis, quia, sive veniat quasi filius, sive quasi nepos, semper habet jus capiendae hereditatis. *tot. tit. Instit. de heredit quae ab int. defer.* Contra in casu nostro, qui successurus est in secundo ordine, tamquam agnatus, vult adsciscere proximitatem a tertio ordine cognatorum; et, qui non habet jus capiendae haereditatis, quasi agnatus, jus illud consequi vult adscita proximitate cognatitia, quae est alterius generis, atque ideo non potest tribuere jus succedendi inter agnatos. Quam sint haec absurda, nemo non videt.

Confirmatur ex *l.* 2. §. *sed etsi ipsa mater ff. ad SC. Tertull.* quam supra exposuimus: ubi mulier, quae simul est mater, et soror defuncti; si veniat tamquam mater, non potest uti praerogativa, quam habet, tamquam soror, excludendi
28 patrem. Hic quoque neque fieri debet transitus de uno ordine ad alium; neque tribui debet jus succedendi ei, qui nullum jus habet, ut in casu nostro.

Probatur secundo, quia supra demonstratum est, quod, si Titius, quasi cognatus, petat bonorum possessionem *unde cognati*, non potest uti jure agnationis, licet sit agnatus: ergo multo minus, si, quasi agnatus, petat bonorum possessionem *unde legitimi*, poterit uti praerogativa cognationis. Facilius enim qualitas secundi ordinis in tertium derivari potest, quam qualitas tertii ordinis a secundo praeoccupari. Ratio est, quia successio prius defertur secundo ordini, deinceps vero tertio: itaque, cum succedit, quasi cognatus, in tertio ordine, facile posset retinere praerogativam, quam habebat, cum ipsi successio deferebatur in
secundo ordine, quasi agnato. Contra 29
vero, cum succedit in secundo ordine, quasi agnatus, non potest praeoccupare qualitatem, quam habiturus est in tertio ordine, quasi cognatus, quia tertii ordinis nulla habetur ratio, quamdiu exstant personae secundi ordinis, cum tertio ordini successio non deferatur, nisi penitus excluso, ac terminato secundo ordine. *l. filius qui* 42. §. *cum filius ff. de bon. libert.*

Tertio, quia gradus, et proximitas, cum sint qualitates cohaerentes cognationi, non possunt de cognatione in agnationem transferri, et de una conjunctione ad aliam, quia qualitas esse non potest sine substantia, cui cohaeret. *l. si servum* 4. §. *si modus*, et ibi Castrens. *n.* 3. *ff. de action. empt.* Bellon. *conj.*
2. *n.* 81. Cohaeret autem inseparabiliter 30
cognationi proximitas gradus; quia generatio producit cognationem. *l.* 1. §. *cognati ff. unde cognati l. non facile* 4.
§. *cognati ff. de gradib. et affin.* Eadem vero 31
generatio facit simul etiam gradum. §. *hactenus Instit. tit. de gradib. cognat.* Nec potest separari gradus a cognatione, quia nemo potest esse cognatus, quin sit in aliquo gradu cognatus: et contra nemo potest esse in aliquo gradu conjunctus, quin sit cognatus. Multo minus 32
gradus, qui uni conjunctioni cohaeret, ad aliam transferri potest: quoniam tot sunt gradus, quot generationes, et generatio addita gradum adjicit. *d.* §. *hactenus Instit. tit. de grad. cognat.* Ita- 33
que si in una conjunctione tres sunt generationes, in alia duodecim; non possunt illi tres gradus ab illa conjunctione ad hanc transferri: quia generationes, quibus illa conjunctio connectitur, et numero, et specie diversae sunt ab his generationibus, quibus connectitur haec altera conjunctio. Quamobrem absurde di-

ceretur Titius agnatus defuncti in tertio gradu: nam cum in conjunctione per masculos inter Titium, et defunctum intercesserint duodecim generationes, non possunt hae constituere tres gradus, sed necesse est, ut constituant duodecim gradus. Est quidem Titius in tertio gradu cognatus: sed generationes, per quas cognatus constituitur, sunt omnino diversae ab illis, per quas constituitur agnatus, et ideo diversi etiam sunt gradus.

Nec potest Titio prodesse duplex vinculum, agnationis, et cognationis: tum quia
34 tunc prodest duplex vinculum, quando utrumque est idoneum et aptum ad tribuendum jus succedendi; in casu autem nostro vinculum agnationis non est hujusmodi: tum quia duplex vinculum non consideratur ultra fratrum filios, ut est in confesso apud omnes DD. ex *authent. post fratres C. de leg. hered.* Itaque si cum patruo concurrat alter, qui sit simul patruus et avunculus, nihil illi prodest duplex vinculum agnationis et cognationis ad excludendum patruum, ut notat Bartol. in *l. post suos* §. *legitima ff. de suis, et legit. hered.* et clarius Anton. de Rosell. *de success. ab int. n.* 158.

Denique probatur, quia bonorum possessionem *unde legitimi* Praetor dabat solum illis, qui a jure civili vocabantur ad hereditatem in secundo ordine agnatorum, seu legitimorum heredum. *l.* 2. §. *haec autem l.* 1. *et l.* 3. *ff. unde*
35 *cogn.* Sed jus civile nullam omnino rationem habebat cognatorum *princ. tit. Instit. de SC. Tertull. l.* 1. *unde cogn.* Ergo nec Praetor in danda bonorum possessione *unde legitimi* habet ullam rationem cognationis: alioquin ad hanc bonorum possessionem vocaret aliquem, qui a legibus non vocabatur.

His probe constitutis evidenter constat, Titium ad neutram bonorum possessionem admitti posse, ita ut excludat proximiorem, vel aeque proximum agnatum. Jam vero, quid contra dici possit, examinemus. Doctissimi Advocati, qui contrariae sententiae patrocinium susceperunt, ejus multa jaciunt fundamenta, quae mihi oppido videntur infirma.

Primum fundamentum est hujusmodi. Titius est agnatus: Titius est proximus defuncto, utpote conjunctus in tertio gradu: ergo Titius est proximus agnatus. 36
Atqui proximus agnatus, et ad legitimam successionem a lege vocatur, et a Praetore ad bonorum possessionem *unde legitimi; princ. tit. Instit. de legit. agnat. success.* §. *ult. Instit. tit. de success. cogn. l. Jurisconsultus* 10. *in princ. ff. de grad. et affin. l.* 2. *ff. de suis, et legit. hered. l. pronunciatio* 195. §. 1. *ff. de V. S.* et praefertur omnibus cognatis; §. *ult. Instit. tit. de servil. cognat. l.* 1. *in princ. ff. quis ord. in bonor. poss. servet.* et proximus est etiam, qui solus est 37
l. 2. §. *legitima ff. de suis, et legit. l.* 1. §. *proximus ff. unde cogn. l. proximus* 115. *ff. de V. S.* §. *si plures Instit. tit. de legit. agn. success.*

Sed facilis est, et prompta responsio. Utrumque enim falsum est; et quod Titius sit agnatus, et quod sit agnatus proximus. Vere Titius non est agnatus, cum 38
sit ultra gradum successioni praestitutum. Agnationis enim nomen non naturale est, sed civile. *l. non facile* 4. §. *cognationis l. Juriconsultus* 10 §. *inter agnatos ff. de gradib. et affin.* §. *ult. Instit. tit. de legit. agnat. tut.* Consistit autem agnatio in praerogativa successionis, et tutelae, quae a jure civili tribuitur illi certae conjunctioni sanguinis: et sublata hac praerogativa tollitur agnatio, et superest sola cognatio, seu conjunctio sanguinis; ut evenit per capitis diminutionem. §. *ult. Instit. tit. de legit. agnat. tut.* Quamo- 39
brem quia lex duodecim tabularum vocabat ad hereditatem non omnes liberos, sed solum suos heredes; idcirco liberi, si non erant sui heredes, nec erant agnati. *l. scripto* 6. *vers. et alioquin ff. unde liber.* Eadem de causa, quia lege Voconia foeminae excludebantur ab here-

ditate, licet per masculos essent conjunt ae, tamen non dicebantur agnatae. *l.* 2. §. *agnati ff. de suis, et legit. hered.* et ideo Ulpianus in definitione agnatorum semper excludit foeminas: ut in *fragm. tit. de tutel.* ibi: *agnati sunt a patre cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes.* et in *tit. de legit. hered.* ibi: *agnatos, id est, cognatos virilis sexus, per mares descendentes ejusdem familiae.* Quibus definitionibus ostendit, quod sicut ad substantiam agnati requirebatur, ut esset masculus, ita requirebatur ut esset vocatus ad successionem. De substantia igitur agnationis est jus succedendi. Hinc doctiores Interpretes recte putant, olim agnatos succes-
40 sisse in infinitum, atque id ex eo merito deducunt, quod *in l.* 2. §. *agnati ff. de suis et legit.* agnati dicuntur, qui nascuntur per mares in infinitum. Neque enim dici possent agnati, nisi haberent jus successionis, in quo consistit agnatio. Barry *de success. lib.* 18. *tit.* 3. *n.* 8. Forster. *de success. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 1. Vinn. *ad* §. *fin. n.* 4. *de success. cogn.* et ibi Timae. Faber.

Sed ne verbi controversia nos misere torqueat; sive Titius sit vere agnatus, sive non sit; illud certissimum est, eum non esse agnatum, quoad jus succedendi, cum sit ultra gradum a lege praescriptum. Itaque falsum est, Titium esse agnatum in ea significatione, in qua accipitur. In hac enim enunciatione: *Titius est agnatus*: nomen agnati refertur ad jus succedendi; alioquin ex eo assumpto inferri non posset, Titium debere succedere exclusis cognatis, quemadmodum argumento illo concluditur. Falsum est igitur, Titium esse agnatum; quia non est ex eo genere agnatorum, qui vocantur ad successionem, ut affirmatur in ea enunciatione. Exempli gratia: si quis enunciaret, Sirium esse canem; et ex hoc inferret Sirium esse animal; negandum utique esset Sirium esse canem in ea significatione, in qua accipitur ab enunciante: quoniam ex illatione constat, cum nomine canis non quemcumque canem in genere significare voluisse, sed canem animal; falsum autem, Sirium esse ejusmodi canem. Ita in nostro argumento, cum ex illatione constet, agnati nomine significari eum agnatum, qui capax est successionis, utique negandum est, Titium esse agnatum: neque enim est ejusmodi agnatus, cujusmodi affirmatur in enunciatione.

Falsum igitur est, quod Titius sit agnatus: falsum est etiam, quod sit agnatus proximus. Nam etiamsi demus, eum esse agnatum; tamen proximitas ei nulla ratione convenit. Non ratione agnationis, 41
quia est ultra terminum successioni praescriptum, et ideo non potest in eo considerari proximitas, quoad successionem: non ratione cognationis, quia praeceditur a Cajo proximiore cognato: proximus autem is est, quem nemo antecedit. *l.* 2. § *haec hereditas et* §. *legitima ff. de suis, et legit. heredib. l. ex duobus* 34. *in princ. ff. de vulg. et pupill. l. proximus* 92. *ff. V. S.*

Sed demus, esse proximum cognatum; num idcirco erit proximus agnatus? minime vero. Sunt haec diversa, esse proximum agnatum, et esse proximum co-
gnatum. Neque sic recte concluditur: 42
Titius est agnatus: Titius est proximus: ergo Titius est proximus agnatus. Est hoc sophisma puerile: hisce decipulis, ac laqueis pueros irretire solemus, cum intendimus, eos esse filios canis, aut felis, quod tamen ipsis simili sophismate non possumus persuadere. Felis est tua: felis est mater: ergo felis est tua mater. Falsum est, quod infertur, quia felis est tua ratione dominii, non ratione maternitatis, ut ita dicam. Sic in casu nostro, Titius est proximus ratione cognationis, non ratione agnationis, et ideo non potest inferri, quod sit proximus agnatus. Cicero erat Poeta: Cicero erat excellentissimus: ergo erat excellentissimus Poeta. Falsum est hoc, quod con-

cluditur, quia erat excellentissimus in arte oratoria, non in poetica. Aristoteles erat Geometra: Aristoteles erat summus, et omnium princeps: ergo erat summus, et omnium princeps Geometra. Est hoc falsum, qui erat summus, et omnium princeps in Philosophia, non in Geometria. Quae vere enunciantur da uno, falso enunciantur de alio: et ideo, si ab uno ad alium transferas, fit falsum enunciatum: De Oratore vere enunciatur, quod fuerit excellentissimus: si id transferas ad Poetam, est omnino falsum. Quod Aristoteles fuerit summus ac princeps omnium, jure enunciatur de Aristotele, quatenus erat philosophus, non quatenus erat Geometra. Eodem modo, quod Titius sit proximus, vere enunciatur de Titio, quatenus est cognatus, non quatenus est agnatus. Ideo falsum est, Titium esse agnatum proximum.

Non ignoro tamen, in fideicommissis
43 fere communiter receptum fuisse, proximitatem desumi posse etiam a cognatione, quando vocati fuerint a testatore agnati proximi in infinitum. Miror equidem, huc impegisse summos viros, tam futili argumento deceptos. Magis tamen mirarer, si quis sententiam, tam infirmo fundamento innixam, vellet extendere ad successiones ab intestato: maxime cum hac in re sit omnino dissimilis successio testamentaria a successione ab intestato.

Primum enim in successione ab intestato certi ordines succedendi a lege praescripti fuerunt, inter se distincti, ac separati, ita ut existente aliqua persona ordinis antecedentis non possit considerari subsequens ordo, et ille in perpetuum a
44 successione excludatur. Quapropter leges nullam rationem ejus haberi voluerunt, et alterum cum altero confundi, et commisceri prohibuerunt, ut supra copiose demonstravimus. Absurdum autem est, contra notissima juris principia, legumque sanctionem producere velle ad consequentia opinionem, quae supina DD. oscitantia, vel Consulentium avaritia increbuit.

Secundo loco animadvertendum est, quod in fideicommissis, in quibus vocantur agnati in infinitum, qui mutuatur proximitatem a cognatione, ex voluntate testatoris est agnatus, et est ex numero vocatorum ad successionem: et ideo habet jus succedendi, et est capax succes- 45
sionis, solaque proximitas ipsi deest ad alios excludendos: ideoque non est ideo absurdum, eum uti proximitate adscita a cognatione. At in casu nostro, in quo Titius non habet jus succedendi, tamquam agnatus, quia non est ex numero vocatorum, praeter proximitatem debet mutuari etiam jus capiendae hereditatis. Abhorret autem a jure, ut cognatio praestet jus succedendi inter agnatos: maxime quia ne quidem inter cognatos admitti potest ad successionem. Quam absurdum igitur est, ut, qui ratione cognationis non admittitur ad successionem inter cognatos, ab ea cognatione mutuetur non solum proximitatem, sed etiam jus succedendi inter agnatos?

Argumentum deductum a fideicommissis fortasse vim aliquam habere posset, si Titius esset agnatus intra gradum praescriptum successioni agnatorum: sed cum nullum habeat jus successionis, tamquam 46
agnatus; imo agnatio in eo vel nulla sit, vel intermortua, non potest ope cognationis reviviscere. Si arbori aridae surculum inseras, non germinabit, nec fructum ferre poterit: ut germinet, ut fructum ferat, necesse est ut arbori viridi inseratur. Si vivum corpus mortuo jungas, ipsum quoque morietur. Sic Mezentius infando supplicio miseros afficiebat, et, ut ait Virg. *lib.* 8. *Æneid.*

Complexu in misero longa sic morte necabat.

Alterum fundamentum est, quod Titius nascitur ex foemina agnata, nupta in familia, quae continuat, et propagat agnationem in posteros: ac proinde, cum per matrem defuncto jungatur in tertio gradu, erit in tertio gradu agnationis; et idcirco erit proximus agnatus ratione

47 agnationis, quam ipsi mater impertit. Li-
cet enim per foeminam constituatur co-
gnatio, et a matre cognatio oriri soleat,
non agnatio; §. *sunt autem Instit. tit.*
de legit. agnat. tut. tamen quando foe-
mina nubit in familia, conservat agua-
tionem in liberis, ut non pauci ex prag-
maticis arbitrantur: quia tunc non trans-
fertur in alienam familiam per nuptias,
nec transit in familiam viri, sicut quan-
do nubit extraneo. *l. falsus* §. *Julianus*
ff. quod fals. tut. l. quicumque 10. et
ibi Bartol. *C. de re milit.*

Respondetur, falsa esse omnia, quae
assumuntur. Primum falsum est, mulie-
rem per nuptias transferri in familiam
48 viri. Nam mulier, etiamsi nupta sit ex-
tra familiam, tamen retinet originem, et
familiam patris: *l. pater* 8. *ff. de col-*
lat. dot. nec desinit esse agnata, ut est
in confesso apud omnes: *l.* 3 *C. de le-*
git. hered. imo nec desinit esse in po-
testate patris, *l.* 1. §. 1. *ff. de agnosc.*
liber. l. 2. §. 1. *l. quoties.* 29. *ff. solut.*
matrim. l. filiae licet. 12. *C. de collat.*
§. *postea Inst. tit. de SC. Tertull. l.* 1.
§. *ult. et l.* 2. *ff. de liber. exhib. l. pa-*
tri 20. *ff. ad leg. Jul. de adulter. l.*
nec inter 4. *C· de don. int. vir. et uxor.*
et ideo est sua heres patri, *l. pen. in*
princ. vers. cui enim C. de legit. hered.
l. ult. ff. de dot. collat. et succedit si-
mul cum aliis filiis. *l.* 3. *l. filiae licet*
C. de collat. l. 1. *et ult. ff. de dot. col-*
lat. l. ult ff. de suis, et legit. hered.
l. 1. *C. de legit. hered. l.* 3. *C. eod.*
Nuptiae enim non pariunt cognationem,
sed affinitatem: *l. non facile* §. *sed quo-*
niam 12. *fin. ff. de grad. et affin.* et
ideo non potest mulier in familiam viri
per nuptias transferri, fierique ejus agna-
ta, sed solum affinis. *l. quod Servius* 8.
ff. de condict. caus. dat.

Praeterea falsum est, ideo mulierem
non conservare suam agnationem in fi-
liis, quia per nuptias in familiam viri
transeat. Hoc enim admisso, illud etiam
esset admittendum, quod filii vulgo quae-
siti sint agnati suae matris; et quod fra-
tres vulgo quaesiti sint agnati inter se,
quia eorum mater nullis contractis nu-
ptiis in alienam familiam non transiit.
Utrumque tamen falsum est. Nam filius
etiam vulgo quaesitus est cognatus matri
suae: §. *vulgo quaesitos Instit. de suc-*
cess. cogn. l. 4. §. *cognationis ff. de*
grad. et affin. l. 2. *ff. unde cogn.* et
fratres vulgo quaesiti sunt inter se co-
gnati. *d.* §. *vulgo quaesitos Instit. de*
success. cogn. et d. l. 2. *ff. unde cogn.*

Verissima igitur ratio, cur mater num- 49
quam continuet, nec propaget agnatio-
nem suam in liberos, est, quia mater
semper est foemina. Leges enim distinxe-
runt conjunctionem per foeminas a con-
junctione per masculos: hanc vocarunt
agnationem: illam cognationem: Non ma-
gis igitur fieri potest, ut mater filiis agna-
tionem impertiatur, quam ut mater non
sit foemina. A patre igitur, non a ma- 50
tre, agnationis jura oriuntur: *l. si spu-*
rium 4. *ff. unde cogn.* et Filii patris,
non matris familiam sequuntur. *l. fami-*
liae §. *ult. ff. de V. S. l. cum legiti-*
mae ff. de stat. hom.

Ex his sequitur, falsum quoque esse,
quod mulier nupta in familia continuet,
ac propaget suam agnationem in liberos.
Etenim cum filii sint semper cognati ma-
tris suae, *princ. tit. Instit. de SC. Ter-*
tull. non potest continuari agnatio, quae
per hanc cognationem statim interrumpi-
tur. Nam si filius ipse matri cognatus
est, non potest esse agnatus illis, qui-
bus per eamdem matrem conjungitur:
hoc enim ipso, quod per foeminam con- 51
jungitur, cognatus est. §. 1. *Instit. tit.*
de legit. agn. success. §. 1. *Inst. tit. de*
legit. agnat. tut. l. Jurisconsultus §. *co-*
gnati ff. de grad. et affin. l. 2. §. 1.
ff. de suis et legit. l. sunt autem ff. de
legit. tutor. Nec usquam in jure nostro
ab hac regula excipiuntur conjuncti per
foeminam nuptam in familia.

Neque quisquam putet, hanc exceptio-
nem omissam fuisse, quod raro eveniret 52

foeminam in familia nubere: cum ino hujusmodi nuptiae quotidie contraherentur, earumque saepe numero mentio fiat in jure nostro. *l. Paulo Callimacho* 27. *ff. de legat.* 3. *l. si nepotem* 3. *ff. de rit. nupt. l. non solum* 67. §. 1. *ff. eod. l. Lucius* 78. §. *filiam ff. ad SC. Trebell. l. celebrandis* 19. *C. de nupt. l. uter* 23. *ff. de cond. instit.* Ulpian. *in fragm. tit.* 5. *de his qui sunt in potest.* Nam jure Romanorum nuptiae non prohibebantur inter universales, nisi inter fratres, et sorores: itaque patruelem licebat uxorem ducere: §. *inter eas*, *et* §. *duorum Instit. tit. de nuptiis*: qua de re factum fuit plebiscitum teste Plutarco in *Quaestion. Roman.* Imo SC. Claudiano permissum fuit etiam fratris filiam uxorem ducere: itaque Claudius Agrippinam, Domitianus Juliam, Heraclius Marcianam, fratrum filias, uxores duxerunt. Ulp. *in fragm. tit.* 5. Tacit. *lib.* 12. *annal.* Svet. *in vita Claudii cap.* 26. Filii igitur ex his nuptiis progeniti erant matrum suarum et patrueles, et filii: hoc est et agnati, et cognati. Agnati per patrem in quarto gradu: cognati per ipsam matrem in primo gradu. Sic in casu nostro Titius est defuncti cognatus, et agnatus: cognatus in tertio gradu per matrem: agnatus ultra decimum per patrem. Item et matris suae cognatus est, et agnatus, cognatus in primo gradu tamquam filius, agnatus per patrem ultra decimum: cum enim ejus pater sit agnatus uxoris suae, ipse quoque per patrem fit ejusdem agnatus, sed uno gradu remotior propter additam generationem.

CAPUT XIV.

Ad l. hujusmodi 84. §. qui servum ff. de legat. 1.

SUMMARIUM.

I. Dolus, dans causam contractui bonae fidei, reddit ipso jure oullum.
II. Secus io contracto stricti joris.
III. Exceptio comparata est ad elidendam actionem. Non habet locum exceptio, ubi nulla est actio. et nn. seqq.
IV. Non est actio ex contractu sine obligatione.
V. Non teneri *ipso jure*: *et ope exceptionis* sunt opposita.
VI. Inest exceptio in contractibus bonae fidei.
VIII. Exceptio doli datur etiam, cum dolus noo est admissus in contrahendo, si quis petat, id quod praestari aequum non est. et 18.
IX. Inesse dicitur exceptio, quando actio non datur. et probatur nn. seqq.
XI. Maritus sciens impensas in res dotales ipso jure liberatur.
XII. Impensae minount dotem ipso jure.
XIII. Contractus, qui consensu constant, contrario consensu dissolvuntur, et nn. seqq.
XVI. Exceptio aliquando pactum significat.
XVII. Excipere, et recipere quid?
XIX. Petitio hereditatis est actio bonae fidei.
XX. Pacta neque pariont actionem, neque ipsam tollunt.
XXI. Pacta inesse contractibus; quid?
XXII. Actiones invicem concurrentes quomodo consumantur?
XXIV. Opponuntur inter se fieri aliquid *ipso jure*: et *jure Praetorio.* et quare.
XXV. Ipso jure fieri quid.
XXVI. Cur contractus bonae fidei sint ipso jure nulli, cum in eis insunt exceptiones.
XXVII. Explicatur ordo veterum judiciorum: et quae essent Praetoris partes.
XXVIII. In jure disceptari dicebantur, quae disceptabantur apud Praetorem: et quae haec essent.
XXIX. Tam actio, quam exceptio, in jure petebatur a Praetore, et apud eum de utraque disceptabatur.
XXX. Io strictis judiciis exceptio omnino a Praetore impetranda.
XXXI. Cur exceptio dicatur conditio.
XXXII. Cur exceptio esset initio contestanda.
XXXIII. Io bonae fidei judiciis necesse non erat exceptionem a Praetore postulare: et quare.
XXXIV. Cur contractus bonae fidei essent nulli.
XXXV. Praetor io his aliquando actionem denegabat.
XXXVII. Quae juris sunt, Judex supplere debet; non quae sunt facti.
XXXVIII. Compensatio opponi debet et probari apud Judicem, licet minuat ipso jure obligationem.
XXXIX. Cur esset nullus contractus, etiamsi a debitore probanda esset exceptio.
XL. Proponitur aliud argumentum.
XLI. Sine consenso quilibet contractus est nullus.
XLII. Actus, cui lex resistit, est ipso jure nullus, etiamsi nihil desit ejus substantiae.
XLIII. Cur io contractibus bonae fidei dolus impediat consensum: non in contractibus strictis.
XLIV. Io strictis contractibus solum spectamus id, quod lingua nuncupatum est.
XLV. Conditiones de praesenti, si falsae sint, statim perimunt obligationem.
XLVI. Quod in stipulationibus efficit expressa conventio, id in contractibus bonae fidei efficit officium Judicis.

Constat fere inter omnes, contractum 1
bonae fidei, cui dolus causam dedit, ipso jure non valere; *l. et eleganter* 7. *in princ. vers. aut nullam ff. de* [illegible]*ol. mal.*

2 *l. in causae* 16. *ff. de minor. l.* 3. §.
ult. ff. pro soc. contra contractus stricti
juris valere ipso jure, et actionem pro-
ducere, sed eam elidi, atque infringi
exceptione doli mali. *l.* 5. *C. de inut.*
stipul. Et hoc esse praecipuum discrimen
inter haec duo genera contractuum, fa-
tentur plerique omnes: et quamvis mul-
ta sint argumenta, quibus probari po-
test etiam bonae fidei contractus ipso ju-
re subsistere; tamen ea accurate refutan-
tur ab Interpretibus nostris. Illud unum,
quod ipsi leviter attingunt, fortasse quia
parvi pendunt, nos perpendere constitui-
mus, et explicare diligenter.

Quotiescumque datur exceptio, con-
tractus ipso jure valet: sed in contracti-
bus bonae fidei, dolo initis, datur exce-
3 ptio: ergo valent ipso jure. Prima propo-
sito certa est. Nam exceptio datur ad
elidendam actionem, et opponitur actioni
ex contractu proficiscenti. *l.* 2. *in princ.*
ff. de exception. princ. tit. Inst. de excep-
pt. l. 1. §. *ult. ff. de interrog. in jure*
4 *faciend.* Non potest autem esse actio, ubi
nullus est contractus, nulla obligatio, ex
qua oriatur. *l. actionum* 25. *in princ.*
vers. in personam ff. de oblig. et action.
§. *omnium Instit. tit. de act.* igitur nec
dari potest exceptio, quia non potest eli-
di, atque infringi actio, quae non est.
Itaque per exceptionem adjuvatur ille,
qui stricto jure est obligatus. *l. si quis*
duobus 30. *ff. de const. pecun.* nam qui
stricto jure non est obligatus, exceptio-
ne non indiget, cum non possit conve-
5 niri. Propterea opponuntur haec inter se:
ipso jure non teneri: et defendi per ex-
ceptionem. *l. qui servum* §. *si is cui ff.*
de oblig. et action. l. cum quis 38. §.
1. *vers. et ideo. et l. qui decem, in*
princ. ff. de solut. l. nec ex praetorio
ff. de reg. jur.

6 Quod autem in contractibus bonae fi-
dei detur exceptio, probatur, quia tum
aliae exceptiones, tum exceptio doli, ines-
se dicuntur in bonae fidei judiciis. *l. hu-*
jusmodi 84. §. *qui servum ff. de legat.*
1. *l.* 3. *ff. de rescind. vendit. l. sed et-*
si 21. *ff. solut. matrim. l. juris gen-*
tium 7. §. *adeo ff. de pact.* Tenetur igi-
tur contrahens ipso jure, sed adjuvatur
per exceptionem.

Respondere solent: id esse intelligen-
dum de exceptione doli, quae oritur ex
dolo incidente in contractum, cum ille,
qui sua sponte contrahit, in contrahen-
do decipitur, veluti si rem pluris emat,
quam fuisset empturus. Etenim contra-
ctus valet, quia dolus non dedit causam
contractui, nec dolo adductus est ad con-
trahendum: ac proinde opus est exce-
ptione ad purgandum dolum decipientis.

Sed haec responsio vix potest conve-
nire nostrae *l. hujusmodi* 84. §. *qui ser-*
vum ff. de legat. 1. ubi legatarius igno-
rans, sibi fuisse servum legatum, eum
emit ab herede. Certe hic dolo heredis 7
adductus est ad emendum: neque enim
fuisset empturus, si scivisset, servum il-
lum sibi legatum fuisse. Et quamquam
responderi possit, heredem quoque igno-
rasse, servum fuisse legatum, adeoque
nullum heredis dolum in venditione in-
tervenisse; sed doli exceptione nihilomi- 8
nus repelli, quia dolo facit, cum ex ven-
dito agit ad pretium, quod ei ex aequi-
tate praestandum non est; *l.* 2. §. *cir-*
ca; et §. *item, et duobus seqq. ff. de*
dol. mal. except. (Exemplum peti po-
test. ex *l. si quis cum aliter* 36. *ff. de*
V. O. ex l. sed. etsi ideo 21. *ff. solut.*
matrim.) tamen dura est haec interpre-
tatio, nec probabile est, id heredem igno-
rasse; minusque probabile, ibi de hoc
solo herede agi: praesertim quia ibi af-
fertur ratio propria judiciorum bonae fi-
dei, cum tamen eo casu idem dicendum
sit in strictis judiciis. *d. l. si qui cum*
aliter 36. *ff. de V.* O.

Existimo ego hac ipsa de causa con-
tractus bonae fidei ipso jure non valere,
si dolus eis causam dederit, quia exce-
ptio doli inest bonae fidei judiciis. Incli- 9
te enim exceptio dicitur, quia a Praeto-
re non datur: nec ulla opus est ejus au-

cteritate ad infirmandam actionem, et enervandas vires contractus, sed actio ipsa suapte natura evanescit, et contractus sua sponte corruit.

Probatur id ex *l. sed etsi* 21. *ff. solut. matrim.* Ait ibi JC. quod, si maritus pro uxore impenderit quantum ab ea dotis nomine accepit, actio dotis evane-
10 scit. Quid ita? quia, cum doli exceptio insit de dote actioni, ut in caeteris bonae fidei judiciis, potest dici inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex
11 ejus voluntate factus sit. Non est dubitandum, hoc casu maritum ipso jure liberatum esse: nam compensatio etiam olim, non solum hodie, minuebat actionem ipso jure in bonae fidei judiciis. §. *in bonae fidei Inst. tit. de action l. posteaquam* 21. *ff. de compensat. l. si con-*
12 *stat* 4. *C. eod.* Et necessariae impensae ipso jure dotem minuunt. *l. cum quis uxori. in princ. ff. de dot. praeleg.* Itaque recte Jurisconsultus ait, evanescere actionem de dote in *d. l. sed etsi.* Ratio autem, cur evanescat actio, ea est quia exceptio doli inest bonae fidei judiciis. Ergo exceptio judicio inesse dicitur, cum actio evanuit, cum reus ipso jure non tenetur. Idem igitur dicendum est in casu nostro: cum dolus dedit causam contractui, ideo contrahens ipso jure non tenetur, quia exceptio doli inest bonae fidei judiciis.

Confirmatur ex *l.* 3. *ff. de rescind. vendit.* Post contractam emptionem contrahentes contrario consensu ab emptione discesserant. Respondit Julianus, resolutam esse venditionem, et ex empto agi non posse, quia bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt. Ergo inesse dicitur exceptio, quando agi non potest: quando actio nulla est, et ipso jure non tenetur, qui contraxit. Quod autem ipso jure non teneantur emptor et venditor,
13 certum est tum ex ipsa *l.* 3. tum quia satis constat, contractus, qui solo consensu celebrantur, contrario consensu dissolvi §. *ult. Inst. quib. mod. tollit. oblig.* *l. juris gentium* 7. §. *adeo ff. de pact. l.* 2. *et* 5. §. 1. *ff. de rescind. vend.* Atque ita dissolvuntur, ut infecti fiant, nullumque eorum vestigium supersit, quasi non praecessissent. *d. l.* 2. *ff. de rescind. vend.* ibi: *potest enim conventione nostra infecta fieri emptio:* et paulo post: *quasi nulla emptio praecesserit.* Et 14
hoc est, quod ait Pomponius in *l. nec ex praetorio ff. de reg. jur. Obligationum causas immutari posse vel ipso jure, vel per pacti conventi exceptionem.* Ipso jure immutantur in his contractibus: in aliis ope exceptionis. Licet igitur contractus sit ipso jure dissolutus, et pro infecto habeatur; tamen dicitur inesse exceptio: imo ideo dicitur nullus, et quasi infectus contractus, quia inest exceptio bonae fidei judicio.

Similis est text. in *l. juris gentium* 7. §. *adeo ff. de pact.* unde constat, *quod exceptiones adeo insunt bonae fidei judiciis, ut constet, in emptione aliisque bonae fidei judiciis, re nondum secuta, abiri posse ab emptione, eamque dissolvi:* sed in hac lege non consi- 15
sto. Verissimum enim est, quod Viris doctissimis placet, in ea non agi de exceptionibus judicialibus, sed de pactis, quae insunt bonae fidei judiciis. *Exceptiones* postea factae, hoc est, *pactiones* postea factae. Sententia enim ejus legis haec est: pactiones postea factas, adeo inesse bonae fidei judiciis, ut non solum liceat aliquid excipere, et cavere ne comprehendatur, et pro parte ab emptione recedere, sed etiam ut liceat abire in totum; quae sententia pluribus verbis in eo §. explicatur, et in *l. sed Celsus* 6. §. *ult. ff. de contrah. empt. et in l. pacta conventa. in princ. ff. eod.* Non tamen assentior maximis Viris, Cujacio, et Antonio Fabro: quorum alter in *lib.* 2. *observ. cap.* 15. emendat *depectiones*; alter in suis *Rational.* legit *pactiones.* Neque enim necesse est quicquam mutare, et erit dictio multo elegantior, si nihil immutemus. Exceptio 16

est pactum, quo inter contrahentes convenit, ut aliquid obligatione non contineatur; seu quo aliquid excipiunt, et nolunt pervenire ad eum, cum quo contrahunt, et ad quem pertineret, si non fuisset exceptum. Sic usurpatur in hac *l.* 7. §. *adeo ff. de pact.* et in *l. pacta conventa* 72. §. 1. *ff. de contrahen. empt. l. quaero* 39. *circa fin. ff. de action empt.* Flac. *de condit. agror. Privatae itaque viae ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis praestanda, quae sub exceptione nominari in emptionibus agrorum solent.*

17 Excipere enim significat pacisci, et cavere, ut eximatur aliquid a contractu et obligatione, ne ad emptorem, aut alium perveniat, ad quem ex vi contractus fuisset perventurum *l. qui usumfructum* 36. §. *stipulatus ff. de usufr. l.* 2. §. *apud Julianum ff. de hered. vel act. vend. l. fundi* 17. §. *si ruta ff. de action. empt. l.* 3. *ff. de eviction. l. qui duo* 30. *ff. de servit. rust. praed. l. si venditor ff. de religios. l. in lege ff. de contr. emption l. Julianus* §. *penult. ff. de action. empt. l. qui quatuor* 30. §. *si fundum ff. de legat.* 3. Varro *de re rustic. In emptionibus eo jure utimur, quod lex praescripsit: alii enim plura, alii pauciora excipiunt.* Idem quoque dicebant *recipere*, quasi *retinere*, et non trasmittere ad eum, ad quem fuisset perventurum, ut explicat Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. *l. qui libertatis* 69. §. *sed etsi quis ff. de evict. l. quicquid* 10. *ff. commun. praed. l. qui fundum.* §. *fundi. et* §. *cum fundum ff. de contrah. empt. l. si mercedem.* §. *ult. ff. de action. empt. l. Seja* 42. *in princ. ff. de donat. caus. mort. l. qui fundum* 205. *ff. de verb. sign.* Recipere enim, et excipere idem significant, ut constat ex *l. qui duo* 30. *ff. de servit. rust. praed.* et ex Gell. *d. lib.* 17. *cap.* 6. *circa medium.* Plaut. in *Trinum.* (*Posticulum hoc recepit, cum aedes vendidit.*) Cic. *de orator. lib.* 2. *Sed dicet te, cum aedes paternas venderes, ne in rutis quidem, et caesis solium paternum recepisse.* Simile est, quod ait id. Cic. *in Topic.* Itaque pactio illa, quae in hac *l.* 7. dicitur *exceptio*, dicitur *receptio* in *l. quicquid* 10. *ff. commun. praedior.*

Ad rem redeamus. Marcus Imperator constituit, ut in strictis judiciis compensatio admitteretur opposita doli mali exceptione: §. *in bonae fidei. Instit. tit. de* 18
action. quia dolo facit, qui petit id, quod redditurus est. *l. in condemnatione* 173. §. *ult. ff. de regul. jur. l. dolo facit.* 8. *ff. de dol. mal. exc. l. qui non militabat* 78. *in princ. ff. de hered. instit.* At vero in judiciis bonae fidei compensatio ipso jure minuebat actionem: *l.* 4. *et l. posteaquam* 21. *ff. de compensat. l. si constat.* 4. *C. eod.* ea de causa, quia in judiciis bonae fidei Judex ex bono et aequo aestimandi potestatem habet, ut ait Legislator noster Justinianus in §. *in bonae fidei. Instit. tit. de action.* hoc est, quia exceptiones insunt in bonae fidei judiciis: haec enim duo in idem recidunt, ut infra dicemus. Igitur actio, quae in strictis judiciis eluditur ope exceptionis doli, in judiciis bonae fidei ipso jure minuitur, et evanescit: et ideo evanescit ipso jure, quia in his exceptiones insunt: ergo inesse dicuntur exceptiones, quia reus ipso jure non tenetur, et nulla opus est exceptione, sed actio sua sponte labitur.

Confirmatur id satis evidenter, quia 19
cum petitio hereditatis sit actio bonae fidei. *l. ult. in fin. C. de petit. heredit.* §. *actionum* 28. *in fin. Instit. tit. de action.* nulla opus est exceptione doli ad liberandum reum, sed ipso jure, et officio Judicis tutus est. *l. plane vers. nam nec exceptio. l. ult. in fin. ff. de petit. hered.* Et tamen negari non potest, in hoc judicio inesse doli exceptionem, cum exceptiones insint in omnibus bonae fidei judiciis. *l. sed etsi ideo* 21. *ff. solut. matr. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1.

Sic etiam, licet nuda pacta non pariant obligationem, et actionem, *l. 7. §. quin imo ff. de pact. l. legem C. eod. l. solent.* 15. *ff. de praescript. verb.*
20 eamdemque ipso jure non tollant, sed solum pariant exceptionem, qua actio eliditur, *§. praeterea Inst. tit. de except. l. juris Gentium* 7. *§. sed cum nulla ff. de pact. l. si unus §. si cum decem ff. eod.* tamen pacta incontinenti adjecta insunt bonae fidei contractibus, et judiciis; et quando insunt, non amplius pro-
21 sunt ope exceptionis, sed formant ipsam actionem, eamque aut minuunt, aut amplificant; et prosunt ipso jure. *l. 7. §. quin imo ff. de pact. l. pacta conventa 74. in princ. ff. de contrah. empt. l. lecta. vers. dicebam ff. de reb. cred. l. 4. l. emptori* 37. *l. si dictum* 56. *ff. de eviction. l. cum dotem* 10. *C. de jure dot. l. in bonae fidei* 13. *l. petens* 27. *C. de pact. l.* 5. *et l. penult. C. de pact. int. empt.* Quemadmodum autem pacta, sic et exceptiones inesse dicuntur bonae fidei judiciis, cum ipso jure tollunt, aut minuunt actionem, nec opus est exceptione ad repellendum actorem. Imo etiam pacta ex intervallo adjecta, si detrahant aliquid contractui, dicuntur contineri contractu, hoc est, inesse contractui. *l. pacta conventa* 72. *in princ. ff. de contr. empt.* sed ea solum pacta insunt, quae legem contractui dant, et formant ipsam actionem. *l. 7. §. quin imo ff. de pact.* Ergo haec pacta etiam ex intervallo adjecta formant actionem, eamque minuunt ipso jure. Atqui certum est, pacta ex intervallo adjecta non esse partem contractus, et solum parere exceptionem, ut modo diximus: ergo exceptiones inesse judiciis, et ipso jure liberatum esse debitorem, et diminutam aut extinctam actionem, idem significant.

Adde, quod in inconcursu plurium actionum altera alteram ipso jure tollat, cum ea, quae tollitur, est bonae fidei: cum vero est stricta, tollitur per exceptionem;
22 *l. praedia* 28. *ff. de action. empt. l. qui servum* 34. *§. si is cui rem, ff. de oblig. et act. l. si is cui* 71. *ff. de furt.* non alia de causa, nisi quia exceptiones insunt bonae fidei judiciis.

Quapropter animadvertendum est, in nostra *l hujusmodi.* 84. *§. qui servum ff. de legat.* 1. non repelli actorem exceptione doli mali, sed reum absolvi actione ex vendito: hoc est, venditorem 23
recedere debere a sua actione, et emptorem dimittere. *l. si ex duabus. §. 1. ff. judic. solvi. l. fullo* 90. *in princ. ff. de furt. l. quid enim* 14. *ff. de dolo mal.*

Demonstravimus, ut arbitror, satis perspicue sententiam nostram: nunc est explicandum, qua ratione id possit evenire. 24
Opponuntur haec duo inter se, liberari aliquem, aut aliquid constitui *ipso jure, et jure praetorio l. 1. §. ult. ff. de superfic. l. 1. §. idem Pomponius ff. quod falso tutor. l. 1. ff. quib. mod. ususfruct. amit. l. si ususfructus. §. 1. ff. usufruct. quemadm. cav.* Etenim ipso jure fieri dicitur, quod fit jure civili, et jus civile opponitur hac in re juri praetorio: *§. 1. et seqq. Instit. de exception.* et quamvis jus praetorium sit pars juris civilis, *§. Praetorum Instit. tit. de jure Nat. Gent. et Civ.* tamen emphatice jus civile dicebatur ipsum jus, jus merum, jus strictum, jus solemne. *l. in causae ff. de minor. l. penult. ff. de constit. pecun. l. nec ex Praetorio ff. de reg. jur.*
Quamobrem cum dicimus contractus bo 25
nae fidei ipso jure non valere, ipso jure tolli, aut minui actionem; id significamus, hoc totum fieri opera, atque auctoritate juris civilis, et cessare partes Praetoris, nec ejus auxilio opus esse. *l. in causae* 16. *in princ. et in §. 1. ff. de minor.* Hoc ipsum usu venit in contractibus bonae fidei. Contractus, et actiones constituuntur bonae fidei ab ipso jure civili. *l. ult. in fin. C. de petition. hered. §. actionum. in fin. cum §. seq.* 26
Inst. tit. de action. De natura horum contractuum, et actionum est, ut in eis insint exceptiones, hoc est, ut non ege-

aut auxilio praetorio, unde extrinsecus adveniunt exceptiones ad eos infirmandos, a Praetore concessae. *l. plane, et l. ult. ff. de petit. hered.* Hanc autem naturam a jure civili acceperunt: *igitur* ipso jure non valent, ipso jure tolluntur; hoc est jure civili. Si necessaria esset Praetoris auctoritas, et exceptio a Praetore data, ut infirmarentur, utique eliderentur et infirmarentur jure praetorio, et ope exceptionis: sed cum neque Praetoris auctoritate sit opus, neque ulla exceptione, utique nulli sunt ipso jure, et ex sua ipsorum natura, quam a jure civili acceperunt.

Sed haec altius repetenda sunt, et uberius explicanda. Olim Romae Praetor causas privatas non judicabat, sed Judices petentibus dabat, dabat actiones,
27 dabat exceptiones. Itaque litigatores primum omnium a Praetore postulare debebant Judicem, actionem, et exceptionem; ac proinde apud Praetorem disceptabatur non quidem de controversia, sed an is, qui petebat, agere posset; an ejus generis actio, an eo tempore, quo petebat, ei tribuenda esset; et rursus an reo danda esset exceptio, quam adversus actorem postulabat: et haec in jure disceptari dicebantur, nempe apud
28 Praetorem. *l. jus pluribus. in fin. ff. de justit. et jur. l. 4. §. ult. ff. de interrog. in jur. facien. l. si feriatis 6. in fin. ff de feriis. l. 1. §. postulare et §. ait Praetor. ff. de postul.* Plaut. *in Menech. seu in jure, seu ad Judicem res est.* Cornif. *ad Heren. lib. 6. Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum, aut accusatorem mutandum, aut Judices mutandos reus dicit: hac parte constitutionis Graeci in judiciis, nos in jure civili plerumque utimur.* Et infra: *Quaeritur in translationibus primum, num aliquis ejus rei actionem, aut petitionem, aut possessionem, aut persecutionem habeat, quam non oportcat: num alio modo, tempore, loco, num alia lege, num alio quaerente, aut agente.* Cicer. *lib. 2. de invent. Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes: nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones, et ita jus civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quare in jure plerumque versantur: ibi enim et exceptiones postulantur, et quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur.* Idem *in partition. Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum, aut sitne acito illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quaeritur. Quae etiamsi, antequam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt; tamen in ipsis judiciis permagnum saepe habent pondus*, etc. Cicer. *de invent. lib. 2. Postulat is, quo cum agitur, a Praetore exceptionem.* Id. *in Lucull. Postulat, ut excipiantur haec inexplicabilia. Tribunum aliquem, censeo, adeant: a me istam exceptionem numquam impetrabunt.* Victorius in *Cicer. de invent. Apud Praetorem, cum litis ipsius forma componeretur, ibi partes, aut excipiebant, aut simplicem actionem accipiebant. Unde in ipso jure, hoc est, apud Praetorem tractabatur exceptio.* Qui volet exempla hujus disceptationis, adeat Ciceronem *lib. 2. de invent. et l. 1. de orator.* Igitur, et actio, et exceptio postulabatur a Praetore, et an utraque danda esset, apud eum disceptabatur. Hinc toties in jure nostro traditum est, a Praetore causa cognita actionem dari. *l. item si eum 14. §. 1. ff. quod met. caus. l. ait Praetor. 10 ff. quae in fraud. credit. l. si quis affirmavit 9.* alias *l. si oleum §. ult. et seqq. ff. de dol. mal. l. item apud Labeonem §. Praetor. 34. cum seqq. ff. de injur. l. sed etsi restituatur §. sed*

etsi dies ff. de judic. Causae autem cognitio utriusque partis praesentiam, et disceptationem supponit. *l. in causae* 13. *in princ. ff. de minor. l. unic. C. si adversus dot.* Idem fere traditum de exceptione in *l.* 1. *sunt qui putant ff. ne quid in flum. publ. in l.* 1. §. *Labeo ff. de flum.* Ascon. Paedian. *in* 3. *action. in Verr. Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrimque causa, in verba litis ejus componebat, quod Judici praescribebat, ut secundum illud praesens controversia definitionem acciperet.*

29 Hoc intererat inter actionem, et exceptionem: quod actio semper a Praetore postulanda erat; exceptio vero solum in strictis judiciis, ita ut reus condemnandus esset, nisi a Praetore impetrasset exceptionem, §. 1. *et* 2. *Inst. tit. de exception. l.* 5. *C. de inutil. stipu-*
30 *lat.* Judex enim in his judiciis alligatus erat formulae a Praetore compositae. Formula hoc fere modo concipiebatur. *Si paret Titium dare oportere, Maevius judex esto, eumque condemnato: nisi si dolo malo inductus promiserit.* Hinc dicta est exceptio, quia Praetor reum condemnari jubebat, sed excipiebat eum casum, quo dolo inductus fuis-
31 set, aut alium quemlibet. Hinc etiam exceptio dicitur conditio in *l. exceptio* 22. *ff. de except.* quia Praetor jubebat, reum condemnari, sub conditione, si non hoc, aut illud factum fuisset, quibus verbis conditionis proponi solebat exceptio. *l. si is qui §. pen. ff. de pignor. l. sicut §. quod si is fundus ff. quib. mod. pign. solv. l. creditor. ff. qui pot. in pign. l. itaque ff. de procurat. l. Papinianus. in fin. ff. de Publician. l. qui pendentem ff. de action. empt. l. consilio* §. 1. *ff. de curat. furios. l. quamdiu ff. de bon. libert. l. vir uxore* §. 1. *ff. ad SC. Vellejan.* et passim in jure nostro. In his
32 igitur judiciis reus ipso jure tutus non erat, sed jure praetorio, sed ope exceptionis a Praetore concessae, quae ideo initio opponenda erat, et contestanda: *l. siquidem* 9. *vers. nam si etiam C. de exception. l. emptor. C. de praescript. long. tempor. l. praescriptionem* 8. *C. de exception. l. exceptionem* 19. *C. de procur.* nam ea omissa Judex omnino reum condemnare debebat: quare reus solo Praetoris auxilio a condemnatione liberabatur.

In Judiciis bonae fidei non postulabatur a Praetore exceptio, quia inerat in ipso judicio, et ex natura ipsius actionis, atque contractus. Itaque in his judiciis Praetor certos terminos Judici non praescribebat, sed eum ex bona fide ju- 33
dicare jubebat: §. *in bonae fidei Instit. tit. de action.* et constat ex Cicerone in *Topic.* et alibi, cujus verba afferro supersedemus, quia ab aliis afferuntur. 34
Quamobrem hi tractatus non auxilio Praetoris accedente infirmabantur, neque praetoria exceptione eorum actio elidebatur; sed ipsa ex se ipsa consumebatur, et propria natura contractus erat irritus, et ipso jure munitus erat reus: hoc est, jure civili, quod eam naturam his contractibus tribuerat, ut intestino vitio laborarent, et suapte natura deficerent. Itaque quod in strictis judiciis efficit exceptio, et auxilium Praetoris, id in his efficit natura ipsa contractus; ac propterea, sicut illi contractus ope Praetoris nulli, atque inutiles efficiuntur; sic hi natura sua, et ipso jure nulli sunt, atque inutiles.

Ac si quis contendat, Praetorem ex his contractibus, quibus dolus causam dederat, actionem non dedisse; eum non 35
facile reprehendi posse crediderim. Ostendimus, apud Praetorem disputatum fuisse, an actio danda esset: duabus de causis haec disceptatio instituebatur. Prima erat, ut Praetor posset decernere, an ipse deberet cognoscere, an vero Judicem dare. *l.* 9. *in fin. ff. de offic. Praes.* Altera, ut inspiceret, an leges, an aequitas actionem dari permitterent, ut constat ex *ll.* quas supra adduximus, et ex *l. ult. ff. de alienat. mut. jud. caus. fact.*

Itaque saepenumero traditum est in jure
nostro, Praetorem causa cognita actio-
nem denegaturum. *l. Titia* 34. *ff. solut.*
matr. l. in causae 13. *in princ. ff. de mi-*
nor. l. 4. *in princ. ff. de judic. l. si de-*
bitor 30. *ff. de solution. l. veluti ff. de*
verb. obl. l. 1. §. *ait Praetor. cum seqq.*
et l. eleganter §. *ult. ff. de dol. mal. l.*
non alias 24. §. *ult. ff. de judic. l. item*
apud Labeonem §. *Praetor ait. cum seq.*
ff. de injur. l. nihil interest §. 2. *ff. de*
bon. libert. l. filiofam. §. *ult. ff. de pro-*
curat. l. etsi 7. *ff. de oper. nov. nunciat.*
l. si cum ff. de nox. action. l. 1. §. *in*
operis ff. de nov. oper. nunc. l. 1. *in*
princ. ff. de aleator. l. Patris §. 1. *ff. de*
minor. Quapropter, si reus poterat fa-
cile Praetori probare, se dolo adductum
fuisse ad contrahendum, Praetor actori
denegabat actionem, argum. text. in *l.*
nam posteaquam. in princ. ff. de jure-
jur. in l. necessariis in princ. ff. de ac-
quir. vel om. hered. in l. veluti 27. *ff.*
de verb. oblig. Quorsum enim a Praeto-
re daretur actio, in qua juberet, reum
ex bona fide condemnari, si reus ex bo-
na fide condemnari non poterat? *l.* 3. *in*
fin. ff. pro soc. l. contractus 23. *ff. de*
36 *reg. jur. l.* 5. *C. de rescind. vend.* Et
hoc est, quod traditur in *l. sed etsi* 27.
ff solut. matrim. dotis actionem evanescere
et in *l.* 3. *ff. de rescind. vendit.* ex
empto agi non posse; et in *l. hujusmo-*
di 84. §. *qui servum ff. de legat.* 1. em-
ptorem absolvi debere actione ex vendito.
In quibus legibus ea ratio redditur: quia
exceptiones insunt in bonae fidei judi-
ciis: hoc est, quia in his judiciis a Prae-
tore non datur exceptio, sed ea inest in
ipso judicio; et cum Praetor ex bona fi-
de judicare jubeat, frustra daret actio-
nem, si reus ex bona fide condemnari
non potest: ac propterea recte dicitur,
actionem evanuisse, et agi non posse, et
reum absolvendum actione.

Quod si de dolo ambigeretur, dabat
quidem Judicem Praetor, qui hac de re
cognosceret: sed tamen hoc non impe-
dit, quo minus reus ipso jure tutus es-
set, ipso jure non teneretur. Nam ea,
que juris sunt, a Judice suppleri possunt:
l. unic. C. ut quae desunt adv. jud. supp. 37
at vero, quae facti sunt, neque a Prae-
tore, neque a Judice suppleri possunt,
cum facta nemo possit divinare. argum.
text. *in l. si putator.* 3. *in fin. ff. ad leg.*
Aquil. Igitur etiam compensatio objici, 38
et opponi debebat, *l. ult. C. de compens.*
§. *in bonae fidei Instit. tit. de action.* et
de ea Judex cognoscere debebat: *l. quod*
in diem 6. §. 1. *ff. de compens. l. ult.*
vers. hoc itaque C. eod. et tamen cer-
tum est, quod compensatio ipso jure tol-
lebat, et minuebat actionem, ut supra
ostendimus. Ratio est, quia haec omnia
ad factum demonstrandum pertinebant,
non ad jus. Nam probata compensatione, 39
probato dolo, cognoscitur, ab initio nul-
lum fuisse contractum, nullam actionem,
et eum numquam fuisse debitorem, et
actorem non solum male egisse, sed nihil
egisse, ut ait Ulpian. *in l. un.* §. *ult.*
ff. quando dies ususfr. leg. ced. Quemad-
modum, si quis ex falso instrumento, vel
conficto testamento aliquid petat, utri-
que Praetor Judicem dabit; sed, cum
constabit de falsitate instrumenti, vel tes-
tamenti, apparebit, eum actionem non
habuisse, et adversarium debitorem num-
quam fuisse. Sic in casu nostro, cum
constabit de dolo, aut compensatione, ap-
parebit, actorem nihil egisse, et reum
numquam fuisse debitorem argum. text.
in l. cum alter. 11. *et in l. posteaquam*
21. *ff. decompens. l. ejus quantitatis* 7.
C. de solut. l. si constat. 4. *C. de com-*
pensat.

Ea, quae copiose hactenus disputavi-
mus, enervant etiam vim alterius argu-
menti, quo hanc sententiam labefactare
conantur adversarii. Ajunt enim: quan- 40
do in contractu nihil deest, quod per-
tineat ad substantiam contractus, ipso
jure valet: sed in contractibus dolo ini-
tis nihil deest: nam si quid deesset, id
esset consensus: consensus autem non

deest: quia si deesset consensus, etiam
41 contractus stricti juris essent ipso jure
nulli: *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact. l.*
2. *ff. de oblig. et action.* quod falsum
est *l.* 5. *C. de inut. stip.* §. 1. *Instit.*
tit. de except.

Nam demonstratum est, ideo esse nul-
los hosce contractus, quia in judiciis bo-
nae fidei insunt exceptiones, lege ita
praecipiente. Atqui, quoties lex resistit
alicui actui, actus est ipso jure nullus,
etiamsi expleta sit ejus substantia. *l. non*
dubium C. de legib. Sic donatio inter
virum et uxorem non valet lege resisten-
te *l.* 1. *et* 3. *et tot. tit. ff. de don. in-*
ter vir. et uxor. Et infinita afferri pos-
sent exempla.

42 Quamquam non absurde quis posset
affirmare, in his contractibus deesse con-
sensum, licet non desit in contractibus
stricti juris. Dolus enim, quo quis ad-
ducitur ad contrahendum, etsi aperte
non impediat consensum; tacite tamen,
et ex interpretatione voluntatis contrahen-
tium consensui opponitur. Nam si veli-
mus tantummodo considerare verba, et
id, quod expressim gesserunt contra-
43 hentes, certum est, eos consensisse: si
vero velimus interpretari eorum volunta-
tem, non videntur consensisse, quia, qui
dolo deceptus falsa causa adducitur ad
contrahendum, non fuisset contracturus,
si causam illam falsam esse scivisset,
adeoque videtur consentire sub conditio-
ne, si causa illa vera sit. Haec interpre-
tatio admittitur in contractibus bonae fi-
dei, in quibus ex bono, et aequo inter-
pretamur voluntatem contrahentium. *l.*
sed et Celsus 6. §. 1. *ff. de contrah. em-*
pt. §. *in bonae fidei* 30. *Inst. tit. de*
action. l. licet §. 1. *ff. de jur. dot.* Non
44 admittitur autem in contractibus stricti
juris, in quibus solum spectamus id, quod
lingua nonenpatum est, nec ab eorum
verbis recedimus. *l. ita stipulatus* 115.
in princ. ff. de V. O. et ad rem no-
stram est testis. *l. si ita stipulatus* 126.
§. *Chrysogonus in fin. ff. de V. O.* Igi-
tur deest consensus in contractibus bo-
nae fidei, non in strictis.

Explicabo planius. Si quis falsa causa
adductus ad promittendum, promiserit
sub conditione: *si causa illa vera sit*,
stipulatio ipso jure non valebit, quia con-
ditio falsa de praesenti ipso jure vitiat
contractum. *l. si ita stipulatus* 20. *ff. de* 45
V. O. §. *conditiones Inst. eod.* sed quod
efficit in stipulatione id, quod expressum
est, idem efficit in contractibus bonae
fidei id, quod suppletur ex interpretatio-
ne, et officio Judicis. *l.* 7. *ff. de negot.*
gest. l. Lucius 20. *ff. deposit.* ergo sicut
haec conditio expressa in stipulatione red-
deret nullam stipulationem deficiente con- 46
sensu, ita reddit nullum contractum bo-
nae fidei, et tollit consensum, etiamsi
expressa non sit, quia suppletur inter-
pretatione, et officio Judicis ex bono,
et aequo.

CAPUT XV.

Ad l. haec, si res 47. ff. de rei vind.

SUMMARIUM.

I. Traditionibus, non nudis pactis, domioia rerum transferuntur.
II. Sine nova traditione transfertur, cum traditio praecessit ex alii eausa et quare. n. 3.
III. Dominium coepit a oaturali possessione.
IV. Possessio non solo animo, sed animo et corpore acquiritur.
V. Quando oon sit necessaria rei praesentia ad domioium transferendum.
VI. Opponitur text. in *l. ejus rei. cum seq. ff. de rei vind.* et explicalor.
VII. Rei vindicatio datur contra possessorem.
VIII. Datur etiam contra eum qui liti ae obtulit, aut dolo desiit possidere.
IX. Cur praesens res dieator, quae possidetur: absens, qoae non possidetur. et o. 15.
X. Mos olim observatus in rei viodieatione.
XI. Cur dieta viodicatio?
XII. Viodiciae, et vindieia quid?
XIII. Explicatur Cicero in *oratione pro Murarna.*
XIV. Rei praesentis oomen in judiciis quid significet?
XVI. Qoi liti se obtolit, aut dolo desiit possidere, condemnatur ad puniendam ejus dolom.
XVII. Si actor a possessore consequatur rem vel aestimationem, non potest postea convenire eum, qui dolo desiit possidere: at, si prius hunc convenerit, potest postea possessorem convenire: et qnare?
XVIII. Possessio adversarii parit actionem in rem.

Quamvis rerum dominia traditionibus, non nudis pactis, transferantur *l. tradi-*
1 *tionibus C. de pact.* tamen, quando praecessit traditio ex quacumque causa, ex qua res est in potestate alicujus, non est necessaria nova traditio, et sola conventione dominium transfertur in eum, qui rem ex alia causa detinet. *l. certi condictio* 9. §. *ult. ff. de reb. cred. l. qui negotia* 34. *ff. mand. l. qua ratione* §. *interdum ff. de acquir. rer.*
2 *domin.* §. *interdum Instit. tit. de rer. divis. l. absenti* 10. *ff. de donat. l. si servus* 21. §. 1. *ff. de adquir. rer. dom. l. si fur.* 32. *in princ. ff. de usucap. l. si sponsalibus* 58. §. 1. *ff. de jure dot.* Nam res pro tradita habetur ex hac nova causa, idonea ad transferendum dominium. *l. si rem quae apud te esset ff. de eviction. d. l. si sponsalibus l. sive autem* 9. §. 1. *cum seq. ff. de Publician.*

Quorsum enim traditio, nisi ut rem
3 redigat in potestatem accipientis? Dominium enim coepit a naturali possessione, *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. posses.* supervacanea igitur est traditio, quando res est in potestate ejus, qui dominium debet acquirere, et ab eo naturaliter possidetur. Superveniente enim titulo, et animo, affectuque dominii, efficitur justa, et civilis possessio *l.* 3. §. *Neratius*
4 *ff. eod.* Neque haec possessio solo animo acquiritur, quod fieri non potest, *l.* 3. *in princ. et l. quemadmodum* 8. *ff. eod.* sed animo et corpore: accessit enim animus praecedenti detentioni corporali; quo fit ut animo et corpore res possideatur, et per possessionem dominium acquiratur.

5 Neque in hac dominii translatione necessaria est rei praesentia. Cum enim ad justam possessionem desit solus animus; eo accedente statim efficitur justa, et civilis possessio. Et cum ad dominium transferendum desit solummodo titulus idoneus, eo per conventionem supervenien-te, statim dominium adquiritur. Animus enim, et titulus non desiderant rei praesentiam, et etiam è longinquo operantur. Itaque nusquam Veteres in hac dominii translatione praesentiam rei desiderarunt.

Contrarium tamen videtur constitutum
in *l. ejus rei* cum *l. seq. ff. de rei vind.* 6
ubi Paulus ait, quod, si reus, qui conveniebatur rei vindicatione, convenerit cum actore de solvenda rei aestimatione, dominium statim ad possessorem pertinet. Subdit deinceps in *l. seq. Haec, si res praesens sit; si absens, tunc, cum possessionem ejus possessor nactus sit ex voluntate actoris.*

Qui totius legis verba paulo accuratius perpenderit, facile intelliget, praesentem rem a Paulo dici, quae est in potestate rei conventi: absentem, quae non est in ejus potestate, sed ab alio possidetur. Demonstrant id verba, quae subsequuntur: *Et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a Judice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei traditum iri.* Si actor cavere debet per se non fieri, quominus possessio reo tradatur, ergo res ab alio possidebatur, et non erat in potestate rei.

Nec obstat, quod in ea lege reus ap-
pellatur possessor, et quod rei vindica- 7
tio competit solum contra possessorem §. 1. *Instit tit. de action. l. officium* 9. *ff. de rei vindic.*

Nam respondetur, agi rei vindicatione etiam cum eo, qui aut liti se obtulit, aut desiit dolo possidere. *l. qui petitorio* 36. *l. quod si dolo* 22. *l. is qui se obtulit ff. de rei vindic. l. sin autem*
27. *ff. eod.* Et quia hi conveniuntur, 8
tamquam possessores, et tamquam possessores condemnantur; *l. qui dolo* 131. *ff. de reg. jur.* uno verbo, pro possessoribus habentur: idcirco a Paulo reus conventus possessor appellatur.

Sed qua ratione, quave de causa praesens res dicatur, quae a reo detinetur,

9 et in ejus potestate est; absens, quae detinetur ab alio; non explicant Interpretes nostri. Videtur autem absurda haec loquendi forma. Atque eo magis, quod agitur de judicio. Quis autem, cum convenitur, rem petitam affert in judicium? Certe hujus rei exemplum singulare affertur in *l. qui vas argenteum ff. de furt.*

Verum enim vero plena est reconditae eruditionis, et antiquitatis haec elocutio. Verba haec accomodata sunt ad veterem judiciorum formam. Vindicabant enim rem in judicio, tamquam praesen-
10 tem, cum a reo possidebatur. Refert A. Gell. *lib.* 20. *Noct. Attic. cap.* 9. primis Reip. temporibus, cum romanum Imperium angustis finibus concluderetur, eum, qui jurisdictioni praeerat, simul cum litigantibus in rem praesentem venisse, atque ibi litigantes manum conseruisse, juxta leges duodecim Tabularum, in quibus scriptum erat: *Si qui in jure manum conserunt.* Atque hinc fortasse nomen vindicationis inditum huic actioni.
11 Ut enim ait Cicer. 2. *de inventione*: *Vindicatio est, per quam vis, aut injuria, aut omnino, quod obfuturum est, defendendo, aut ulciscendo propulsatur.* In hac manuum consertione vim adhibebat actor, vim propulsabat reus, et imaginarium quoddam, ac civile bellum inter eos peragebatur. Quamobrem non immerito Ennius bellum huic consertioni comparavit illis versibus.

Non ex jure manu consertum, sed mage ferro.
Rem repetunt: Regnumque petunt: vadunt solida vi.

Sed ad rem redeamus. Subjicit idem Gellius, quod propagatis Imperii finibus, cum Praetor gravaretur in res longinquas proficisci, institutum fuit, tacito consensu contra leges XII. *Tabul.* ut ex jure manu consertum vocarent: id est, alter alterum ex jure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque ita profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, veluti unam glebam, in jus, in Urbem ad Praetorem deferrent, et in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent. Hanc glebam, 12
quae totum agrum repraesentabat, *vindicias*, seu *vindiciam* appellatam Festus ait, et apud eum Servius Sulpitius. Glossae quoque, quae Philoxeno tribuuntur, ita vindicias definiunt: τὰ ἐν ἀμφισβητήσει πράγματα. *res quae sunt in controversia.* Longe alia est sententia Asconii Paediani *in* 3. *in Verr.* et aliorum Scriptorum. Sed haec ad rem nostram non pertinent.

Paulatim autem obsolevit etiam solemnis illa litigantium profectio, et res redacta est ad imaginariam, fictamque profectionem, ac meram solemnitatem, ut conjectura assequi possumus perpendendo verba Ciceronis, irridentis Jurisconsultos in *oratione pro Muraena.* Ne sim longior, verba Ciceronis praetermittam, formulas tantum litigantium ac Praetoris inde depromam. Actor igitur his verbis in jure utebatur: *Fundum, qui est in* 13
agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo: *inde ego te ex jure manu consertum voco.* Tum respondebat reus: *Unde tu me ex jure manu consertum vocasti, inde ego te revoco.* His Praetor subjiciebat haec verba: *Utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico: ite viam.* Praesto erat JC. qui doceret ire viam. Tum Praetor: *redite viam.* Fingebant igitur in agrum proficisci, atque inde reverti, gleba in jus allata. Atque hae formulae in usu erant etiam tempore A. Gellii, ut ipse testatur ibidem, qui floruit non multo ante Paulum nostrum. Quamobrem 14
non est incredibile, etiam ejus aetate ventum fuisse in rem praesentem ficta illa, atque imaginaria profectione; vel saltem mansisse nomen rei praesentis, et conservatam fuisse illam reliquiam vetustatis etiam abolita consuetudine eundi, et redeundi: quemadmodum *vindictae* nomen mansit etiam sublata virga, et aliis solemnibus ejus manumissionis.

Recte igitur Paulus vocat praesentem
rem, quam reus possidet, quia tunc vin-
dicatur tamquam praesens, ac praesens
15 esse fingitur. Dicitur autem absens, cum
a reo non possidetur, quia tunc agitur
ad puniendum dolum rei, ac reus con-
demnatur ad praestandam litis aestima-
tionem, non tam propter rem possessam,
quam propter dolum, qui pro possessio-
ne habetur. *l. qui dolo et l. parem ff.*
16 *de reg. jur.* hujus rei argumento sit:
quod, si actor prius convenerit possesso-
rem, et ab eo vel rem ipsam, vel litis
aestimationem sustulerit, non potest am-
plius convenire eum, qui dolo desiit pos-
17 sidere. Contra, si prius convenerit eum,
qui dolo desiit possidere, et ab eo con-
secutus sit rei aestimationem, potest ni-
hilominus convenire possessorem, et ab
eo auferre rem, vel litis aestimationem. *l. nec ullam §. pen. in fin. ff. de petit. heredit. l. Stichum §. dolo ff. de solut. l. si is qui 7. ff. de rei vindicat.* Ratio est, quia possessio parit actionem in rem. *l. un C. de alien. mut. judic. caus.* Itaque licet consecutus sit rei aestimationem ab eo, qui dolo desiit possidere, tamen extincta non est actio, quam ei parit possessio alterius, qui vere possidet. Atqui illam litis aestimationem consecutus est ex dolo adversarii, non ex ejus possessione Quare nulla causa est, cur solutio hujus aestimationis extinguat actionem. Contra vero secundo casu, quia rem vel liti aestimationem a possessore aufert propter rem possessam, et ex causa possessionis, statim extinguitur actio, quae ex ea possessione nata erat. Nec amplius haberi potest ratio doli ejus, qui desiit possidere, cum actor dolo illo deceptus non sit, nec damnum sit passus re sua recuperata. argum. text. *l. is qui se obtulit. 25. cum seq. ff. de rei vind.*

Non potest igitur fingi res praesens, quando reus non possidet, cum potius dolus, quam possessio, liti causam praebeat.

CAPUT XVI.

Ad l. Ejus qui 41. ff de reb. cr d.

SUMMARIUM.

I. Error contrarius est consensui.
II. Quod per errorem actum fuit, non valet.
III. Error in corpore rei vitiat contractum.
IV. Error impedit dominii translationem.
V. Non transfertur dominium, nisi concurrat affectus utriusque contrahentis.
VI. Qui transfert aliud dominium, quam quod vult, nihil transfert.
VII. Tradens voluntate, aut jussu domini, transfert dominium.
VIII. Dominium non transfert, qui vult transferre dominium, quod non habet, licet sit ex alia causa dominus.
IX. Explicatur *l. servum Titii ff. mand.*
X. Diversa sunt dominia, ex diversis causis quaesita.
XI. Quem de evictione tenet actio, multo magis repellit exceptio.
XII. Transfertur dominium ab eo, qui vult illud dominium transferre, etiamsi ignoret se habere.
XIII. Explicatur *l. ejus qui 41. ff. de reb. credit.*
XIV. Explicatur *l. si pater ff. de man. vind.* et qua in re differat libertas a dominio.
XV. Jussus et mandatum morte mandantis finiuntur.

Error contrarius est voluntati, et con- 1
sensum, et conventionem impedit. *l. sed
hoc ita 20 ff. de aqu. et aqu. pluv. l.
2. ff. de judic. l. si per errorem ff. de
jurisdict. omn. judic.* hinc nihil valet, 2
quod per errorem actum est. *l. in omni-
bus negotiis ff. de obligat. et act.* Mul-
ti errores possunt in contrahendo, et ho-
minum commerciis intervenire. Duo sunt
meo judicio similes: error in corpore rei,
de qua contrahimus: et error in dominio,
quod volumus transferre. Si erratum sit 3
in corpore rei, inutilis et irritus est contractus, ac nulla ex eo nascitur obligatio. *l. inter stipulantem 83. §. 1. l. continuus 137. §. 1. ff. de V. O. l. 9. in princ. ff. de contr. empt. §. si de alia Instit. tit. de inut. stip.*

Si erratum sit in dominio, quod
transferre volumus, pariter inutilis, et
irritus est actus, nec dominium transfer-
tur. Nemo enim errans rem suam amit- 4
tit. *l. si procurator 35. ff. de acquir. rer. domin. l. 3. §. subtilius ff. de cond. caus. dat. l. etsi consensum 15. §. ult. ff. de contr. empt.* quemadmodum enim

nullus sine conventione potest esse con-
tractus, *l.* 1. §. *adeo ff. de pact.* ita et
dominium trasferri non potest, nisi con-
currat affectus ex utraque parte contra-
hentium. *l. in omnibus rebus ff. de oblig.
et action.*

6 Sunt autem similes hi duo errores.
Sicut enim non sufficit ad contrahendam
obligationem, velle fundum vendere, vel
alio modo contrahere, nisi fundus, quem
vendimus, sit ille ipse, quem vendere
volumus; ita non sufficit velle dominium
transferre, nisi illud ipsum dominium
transferamus, quod volumus: et sicut
vendendo aliud corpus, quam quod ven-
dere volumus, venditio nulla est, ita
trasferendo aliud dominium, quam quod
trasferre volumus, nihil agimus, et nul-
la est alienatio. *l. etsi consensum* 15. §.
ult. ff. de contr. empt. Vendidisti mihi,
vel donasti rem meam, et jussu meo alii
tradidisti. Nulla videtur esse causa, cur
7 dominium non transferatur in accipien-
tem: nam qui rem tradit jussu, et vo-
luntate domini, transfert dominium. §.
*nihil autem interest Instit. tit. de rer.
divis.* Dominus eram: habui voluntatem
transferendi dominii: intervenit traditio
necessaria ad dominium trasferendum, et
tamen dominium non transfertur. Quid
ita? qui volui transferre dominium, non
meum, quod habeo, sed tuum, quod
transferre non possum, quia non habeo.
8 *d. l. etsi consensum. in fin.*

Idem omnino statuendum est, si vo-
luerit transferre dominium, quod putat
se habere, cum non habeat, licet sit do-
minus ex alia causa, et habeat domi-
nium, quod se habere ignorat. Sicut
enim, qui vult vendere, aut donare fun-
dum Cornelianum, et vendit, aut donat
Sempronianum, non contrahit obligatio-
nem, licet habeat fundum Semproniа-
num, non contrahit obligationem, defi-
ciente voluntate. *l. in venditionibus* 9. *in
princ. ff. de contr. empt.* ita non trans-
fero dominium, licet illud habeam, si
non eo animo sum, ut illud ipsum,
quod habeo, transferam; sed aliud ab
eo diversum, quod transferre non pos-
sum, quia non possum, quia non habeo.
l. servum Titii 49. *ff. mand.* Servi do- 9
minus eram, cum id ignorarem. Fui he-
res Sempronii, qui servum illum eme-
rat a non domino, ac proinde dominus
factus non fuit. Cum tamen crederem,
Sempronium dominum fuisse, putabam
dominium Sempronii in me translatum
fuisse jure hereditario: et me esse servi
dominum tamquam heredem Sempronii,
cum vere multo ante dominus essem ex
alia causa. Vendidi servum illum, vel
alius jussu meo vendidit: non transfero
dominium in emptorem. Volo enim trans-
ferre dominium in me a Sempronio
translatum jure hereditario, quod trans-
ferre non possum, quia non habeo. Do-
minium autem, quod habeo, non trans-
fero, deficiente voluntate: cum enim do-
minium illud me habere ignorem; non
possum habere voluntatem ejus transfe-
rendi. Sunt autem diversa haec dominia. 10
*l. si mater §. eandem causam ff. de ex-
cept. rei judic.* Itaque possum servum,
quem vendidi, vindicare. *d. l. servum
Titii in fin.* Repellor tamen exceptione 11
doli mali, quia cum tenear de evictione,
alio vindicante, dolo facio ipse vindicans,
quod vendidi. *l. vindicantem ff. de evi-
ction.*

Quemadmodum autem, cum non est
erratum in corpore rei, nihil interest,
an res sit penes eum, qui contrahit, an
penes alium; et, etiamsi contrahens igno-
ret, se rem habere, quam habet; tamen
contrahitur obligatio: ita traosfertur do- 12
minium, etiamsi ille, qui vult transferre
dominium, ignoret, se illud habere;
dum tamen velit transferre illud ipsum
dominium, quod habet, licet putet, do-
minium illud non penes se esse, sed pe-
nes alium. Quid enim refert, ipse ha-
beat dominium illud, an alius, si et vult
illud dominium transferre, et potest trans-
ferre, cum ipse habeat? Evenit id cum
quis acquisivit ab aliquo dominium igno-

rans, quod in aliquem transferre vult, cum putet ejus esse, cujus erat, antequam in ipsum transferretur: veluti si dominium acquisiverit jure hereditario ignorans.

His expositis constat, verissime ab A-
13 fricano responsum fuisse in *l. ejus qui Vers. quas vero pecunias ff. de reb. cred.* pecunias a servo creditas, pro ea parte alienatas fuisse, pro qua ipse heres extitisset, licet id ignoraret: quod responsum perculit omnes Interpretes. Servus fuit heres domini ignorans: itaque dominium pecuniae acquisivit ignorans. Pecuniam credidit, dominium transtulit in mutuatarium; non quia heres videatur eadem persona cum defuncto, ut quidam Viri docti sunt arbitrati: nihil enim hoc ad rem pertinet. Non eadem persona id efficit, sed idem dominium. Voluit nimirum servus transferre dominium pecuniae in mutuatarium, quod putabat esse penes dominum suum, et erat penes se ipsum: sed tamen erat idem dominium. Nam a domino in illum traslatum erat jure hereditario. Ignoravit, quis haberet illud dominium, non vero erravit in dominio: voluit enim illud ipsum dominium transferre, quod vere transferre poterat, quia ipse habebat jure hereditario quaesitum. Itaque nulla ratio est, cur transferre non debeat. *§. per traditionem Instit. tit. de rer. div.* Hinc puto, veteres Interpretes recte statuisse, quod, quando quis habet causam ab eo, quem dominum putat, tradendo dominium transfert, licet ipse ignoret, se esse dominum. Etenim, cum habet causam ab eo, quem dominum putat, habet illud ipsum dominium, quod ille habebat, et cum velit transferre dominium, quod ille habebat, utique vult transferre suum dominium: est enim idem dominium ab eo in hunc translatum.

Idem constitutum est in libertate. Si quis servum suum manumittat, quem putat alienum, servus fit liber, quia verum est, voluntate domini manumissum esse. *l. si pater 4. §. quoties ff. de manum. vind.* 14
Nec obstet error ignorantis, suum esse servum, sicut non obstet error ignorantis, suum esse dominum. Illud animadvertendum, quod in libertate non quaerimus, an manumissor habuerit causam ab eo, quem putabat dominum servi. Nam libertas una et eadem est, nec errari potest in genere libertatis: nec ea ab uno ad alium transfertur simul cum servo, quemadmodum dominium; nec a domino quidem in servum transfertur, cum eum manumittit. Itaque in manumissione non potest manumissor errare, et velle servo dare libertatem, quam habet Titius, non quam ipse habet; cum libertas, quam servus ex manumissione consequitur, non fuerit penes quemquam; nec possit esse haec vel illa libertas: neque enim existit ante manumissionem.

Contrarium videtur constitutum in ea- 15
dem *l. si pater. in princ.* ubi id contingere dicitur favore libertatis. Sed non eo pertinet favor libertatis, ut manumissus liber fiat, sed ut videatur manumissus jussu, et mandato domini, etiamsi post mortem ejus fuerit manumissus: cum in aliis causis jussus et mandatum morte finiantur. *l. si per epistolam 50. ff. de acquir. hered. l. mandatum C. mand.* Quod si mutata fuerit voluntas, non videbitur volente patre manumissus. *l. quaesitum §. Julianus ff. qui, et a quib. manum.* Itaque favor libertatis id efficit, ut, nisi constet, dominum mutasse voluntatem, durare videatur etiam post mortem. *d. l. si pater.*

CAPUT XVII.

Ad l. si ego pecuniam 18. ff. de reb. credit.

SUMMARIUM.

I. Error in causa contrahendi vitiat utrumque contractum.
II. Sine conventione nullus contractus.
III. Error in causa dominii transferendi impedit do-

minii translationem, si utraque causa non sit idonea.
IV. In dominio transferendo concorrere debet voluntas utrinsque.
V. Si utraque causa sit idonea, error non impedit dominii traslationem.
VI. Cur in dominio transferendo utrinsque voluntas debeat concurrere.
VII. Conciliatur Ulpianus cum Juliano. et no. seqq.
IX. Nummos non fieri accipientis, et mutuum non esse contractum, idem significant.
X. Repetenti nummos sua voluntate consumptos obstat exceptio.
XI. Mutuum non recte contractum consumptione conciliatur.
XII. Voluntas dantis attenditur in dominii translatione.
XIII. Nuda traditio dominium non transfert.
XIV. Ad dominium transferendum sufficit etiam causa putativa, et explicatur exemplis.
XV. Solvens indebitum transfert dominium, et ideo repetit condictione, non rei vindicatione.
XVI. XVII. Qui habet mandatum a domino, si tradat proprio nomine, dominium non transfert: et quare.

Diximus de errore in dominio transferendo: de errore in causa transferendi dominii pauca subjiciamus, de quo non minus impedita, et magnis difficultatibus involuta disputatio est. Quando erratum est in causa dominii transferendi, duae quaestiones occurrunt: altera de obligatione, altera de dominio.

Quantum attinet ad obligationem, constat, inter omnes, hunc errorem obstare obligationi, neutrum contractum valere. Dedi tibi pecuniam, quasi donatu-
1 rus, tu quasi mutuam accepisti: neo donatio, nec mutuum contrahitur. *l. si ego pecuniam* 18. *ff. de reb. credit.* Non donatio, quia deficit tuus consensus, qui non ex causa donationis accepisti. Non mutuum, quia deest meus consensus, qui non habui animum mutui contrahendi. *l. in omnibus negotiis ff. de oblig. et act.* sine conventione enim non potest es-
2 se contractus. *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact.* conventio autem non est consensus unius tantum, sed duorum in idem placitum concurrentium. *d. l.* 1. §. *et est pactio.* Non concurrunt autem in idem placitum, cum alter donationem, alter mutuum voluerit contrahere.
3 Quantum autem attinet ad dominium, ita distinguendum est. Si utraque causa non sit idonea ad dominium transferendum, constat inter omnes, dominium non
posse transferri. Ad dominium enim tran- 4
sferendum non sufficit voluntas unius, sed requiritur affectus ex utraque parte contrahentium. *l. in omnibus rebus ff. de oblig. et act.* Non potest autem conconcurrere affectus utriusque contrahentis, cum utraque causa non est idonea ad dominium transferendum. Dedi tibi pecuniam quasi mutuam; tu quasi depositam aut commodatam accepisti: non transfertur dominium, quia licet ego voluerim transferre, tu tamen acquirere noluisti, cum commodatarius dominium non acquirat. *l. rei commodatae. cum seqq. ff. commod.*

Si vero utraque causa sit idonea ad dominium transferendum, putat dominium transferri Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir. rer. dom.* nec ait, se
videre, cur inefficax debeat esse tradi- 5
tio. Et merito: quia traditio conjuncta cum affectu utriusque, et dantis et accipientis, omnium dominium transfert. *l. in omnibus rebus ff. de oblig. et action.* §. *per traditionem Instit. tit. de rer. div.* Qui dedit, voluit dominium trausferre: qui accepit, voluit dominium acquirere. Quid causae est, cur ille non transferat, hic non acquirat? An non naturali aequitati consentaneum est, utrinsque voluntatem servari, cum uterque de dominio transferendo consentiat? *d.* §. *per traditionem.* At enim dissentiunt in causa transferendi. Hoc quidem pertinet ad obligationem, quae ex illa causa nasci debet, et hic dissensus obstat obligationi; non tamen obstat dominio, quod tra-
ditione transfertur: cui traditioni ideo ac- 6
cedere debet utriusque voluntas, ne aut invito dominium auferatur, aut invito acquiratur, quod rationi repugnat: hic autem neque invito aufertur, neque invito acquiritur; et ideo nulla causa est, cur traditione transferri non debeat. Nec obstat dissensus in causis dandi, et acci-

piendi: *d. l. cum in corpus. in fin. ff. de acquir. rer. dom.* quia hic potius respicit obligationem, quam dominium, quod etiam ex causa non vera transfertur, ut infra probabimus. Non enim, ut causa producit obligationem, ita et transfert dominium. In obligatione causa requiritur, (liceat his verbis uti) tamquam productiva obligationis; in dominio desideratur, tamquam declarativa voluntatis. Quamobrem ex falsa causa dominium transfertur, licet ex ea non nascatur obligatio. Idcirco Julianus in hac sententia constituenda non haesitavit, sed constare dixit transire proprietatem in te, si ego tibi pecuniam numeravero, quasi donaturus, tu quasi creditam acceperis.

Ulpianus tamen in nostra *l. si ego pecuniam ff. de reb. cred.* contrarium respondit: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non*
7 *esse. Sed an mutua sit, videndum: et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperis. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*

Hujusmodi responsum perculit omnes Interpretes. Mirum est, quanta comnenti sint, ut Julianum cum Ulpiano componerent. Plerosque docte refellit Melch. de Valent. *in epist. jur. exercit. exerc.* 10. quibus etsi non pauca addi possent, tamen operae pretium non est, in re tam difficili, tamque controversa ad evertendas aliorum opiniones laborem impendere. Quamvis vero propiora a me proferre non posse confidam; liceat tamen aperire, quid sentiam.

Animadvertendum est, Ulpianum in laudata *l. si ego pecuniam*, non tractasse quaestionem dominii, de qua secundo loco diximus; sed quaestionem obligationis, quam primo loco exposuimus. Nihil enim aliud quaerit, quam, an valeat donatio an valeat mutuum, et neutrum valere respondet. Et recte, ut initio probavimus. Contra Julianus in *l. cum in corpus ff. de acquir. rer. domin.* tractat alteram quaestionem dominii: neque enim quaerit, an valeant contractus, sed an dominium transferatur, licet erratum fuerit in causa dominii transferendi. Respondet autem, dominium transferri, quod et nos probavimus in secunda quaestione.

Hactenus igitur nullum dissidium est 8
inter Julianum, et Ulpianum. Ac, si Ulpianus non adjecisset illa verba: *Magisque nummos accipientis non fieri;* nemo posset judicare, Ulpianum a Juliano dissidere. Itaque si verba illa in ea significatione accipi possent, ut conveniant quaestioni obligationis, quam tractat Ulpianus, nec referantur ad quaestionem dominii, nulla erit inter eos dissensio. Ac, si accurate rationem loquendi a Veteribus usurpatam expendamus, non erit ab eorum mente aliena hujusmodi interpretatio. Illi enim mutui adeo proprium esse existimabant pecuniam fieri mutuatari, ut, cum volebant significare contractum non fuisse mutuum, hac formula uterentur: pecuniam non fuisse factam 9
accipientis, ut in *l. rogasti* 11. *in l. nam etsi fur.* 13. *in princ. in l. ejus qui* 41. *vers. nam etsi tibi ff. de reb. cred. l. proinde ff. eod.* vel pecuniam non fuisse alienatam. *l. ejus qui, vers. quas vero pecunias ff. eod.* Itaque cum ait Ulpianus: *magisque nummos accipientis non fieri*; non recedit a quaestione obligationis, quam tractabat, nec tractandam suscipit quaestionem dominii, quae ad rem non pertinebat: et ideo verba illa nihil aliud significant, quam mutuum non fuisse contractum; et nummos ex causa mutui non fuisse factos accipientis, quia alia opinione acceperit: hoc est, quia causa, ex qua dati sunt, non est eadem, ac causa, ex qua accepti sunt. Quamobrem cum non convenerit inter eos in causa dandi et accipiendi, neutra causa potest subsistere. Et cum neutra

causa subsistat, nummi ad accipientem
pervenerunt sine causa, et ideo repe-
ti, et condici possunt. *l. ult. ff. de cond.
sine causa.* Quia tamen secundum vo-
10 luntatem dantis consumpti sunt, repeten-
ti obstabit exceptio. *d. l. si ego pecuniam.*
Ex quibus constat, quod in hac lege so-
lum tractatur quaestio obligationis, non
dominii; et quod etiam verba illa: *ma-
gisque nummos accipientis non fieri,* ad
eamdem quaestionem obligationis sunt re-
ferenda, et ad causam dominii, non ad
ipsam dominii translationem. Uno verbo:
non fiunt accipientis ex causa mutui: an
fiant absolute et simpliciter, ibi non quae-
ritur, quia non tractatur quaestio do-
minii.

Atque ut hoc clarius pateat, duo con-
sideranda sunt. Primum quod, cum so-
leat mutuum, quod traditione contractum
non erat, consumptione conciliari, et na-
sci condictio ad mutuum repetendum; *l.
rogasti 11. §. ult. l. nam etsi fur. in
11 princ. et in §. 1. ff. de reb. cred. l. si
quis pro eo §. si nummos ff. de fidejus.*
quaerit Ulpianus, an consumptis num-
mis condictio sit efficax ad repetendum
et respondet obstare exceptionem, quia
voluntate dantis consumpti fuerunt. Un-
de constat, hic agi de obligatione et actio-
ne ad repetendum, non de dominio.

Praeterea notanda est particula illa:
quare, quae causam notat: et contine-
ret absurdam sententiam, si supra egis-
set de dominio. Ex eo enim, quod num-
mi non fiant accipientis, perperam de-
ducitur, quod consumptis nummis detur
exceptio adversus repetentem; cum po-
tius contrarium deduci possit et debeat.
Esset igitur inepta illatio illa, nisi id
omne, quod praecedit, referatur ad obli-
gationem. Optime autem id deducitur ex
eo, quod non sit mutuum; nam si mu-
tuum esset, non obstaret exceptio repe-
tenti: obstat autem, quia dominium tran-
slatum est non ex causa mutui, sed so-
12 la voluntate dantis, quae attenditur in
dominio transferendo. *l. qui mihi 13. ff.
de donat. §. per. traditionem Instit. tit.
de rer. divis.*

Sed potest opponi, quod si neutra
causa subsistit, neque donatio, neque mu-
tuum, transferri non potest dominium,
quod nuda traditione non transfertur. *l.* 13
*numquam nuda 31. ff. de acquir. rer.
dom.*

Respondetur, non esse nudam tradi-
tionem, sed traditionem factam ex cau-
sa idonea ad dominium transferendum:
et utrumque, tam dantem, quam acci-
pientem, eo animo fuisse, ut dominium
transferretur, et transferretur ex causa
idonea. Quo casu etiam causa falsa suf- 14
ficit ad dominium transferendum: quia
causa idonea tantummodo requiritur ad
fundandam voluntatem dantis et accipien-
tis. Itaque, et cum quis solvit indebitum,
transfert dominium, nec repetit indebi- 15
tum rei vindicatione, quae domino da-
tur, sed condictione indebiti. *toto tit. ff.
de condict. ind.* condictio autem num-
quam domino datur nisi adversus furem
§. sic itaque discretis Inst. tit. de act.
Et cum quis dat aliquid sine causa; cum
tamen veram, ac justam causam subesse
putet, dominium transfert. *l. 1. in fin. l.
ult. in princ. et in §. 1. ff. de condict.
sine caus.* Et, si quis putet, se liberta-
tem accepisse sub conditione, *si decem
Titio dederit*; cum vere libertatem pu-
re acceperit; si decem Titio dederit, do-
minium transfert, quia, licet vera causa
non subsit; tamen eam subesse putat; et
ideo eo animo dat, ut dominium transfe-
rat ex ea causa, quae justa esset et ido-
nea, si vere subesset, sicut ipse putat.
*l. 3. §. subtilius; vers. quid ergo ff. de
condict. caus. dat.* hic enim error non
impedit voluntatem dantis, qui omnino
vult dominium transferre. Quapropter et
in casu nostro dominium transferri de-
bet, quia subest causa donationis, quae
vera est ex opinione, et voluntate tra-
dentis, licet falsa sit propter errorem ac-
cipientis, qui alia opinione accepit. *d. l.
si ego pecuniam.*

16 Nec obstat text. in *l. si tibi dederim*
25. *ff. de donat.* Nsm ibi dominium non
transfertur, deficiente jure, et anctori-
tate tradentis. Nam qui rem tradidit, ne-
que dominus erat, neque habebat man-
dstum a domino: non enim tradidit no-
mine msndsntis, sicut ei mandatnm fue-
rat, sed nomine suo, contra id, quod
ipsi mandatum erat. Ac propterea, cum
neque ipse dominus esset, neque ex man-
17 dato, et voluntate domini dederit, non
potuit dominium transferre. *l. traditio*
20. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *per traditionem et.* § *nihil autem interest. Instit. tit. de rer. divis.*

CAPUT XVIII.

Ad l. si quis vinum 9. ff. de vino trit. et oleo leg.

SUMMARIUM.

I. Rerum vocabula sunt immotabilia: et non ex opinionibus, sed ex usu suot exaudienda.
II. Non videtur dixisse, qui suo nomine usus non est.
III. Error in nomine non vitiat institutionem, legatum, contractus, judicia.
IV. Nomina propria mutabilia suot.
V. Error in nomine appellativo vitiat legatum.
VI. Legato vino quid contineatur?
VII. Legato vestis muliebris non continetur vestis muliebris, qua testator utebatur.
VIII. Vestis muliebris solo usu differt a virili, et quaedam vestes sunt utriusque communes.
IX. Testatoribus permittitur abusive loqui. Vide exempla.
X. Vini duo genera; naturale, et factitium. Factitia quae.
XI. Chartarum legato libri non continentur, et quando.
An argentum legato supellectilis contineatur.
XII. Legato vino mulsum non continetur; et quid sit.
XIII. Legato vino continetur aenomeli, quid sit. an differat a mulso. Vinum Narbonense quomodo fieret. Passum quid.
XIV. Psythium, et melampsytium passi genera.
XV. Vinum melitites quid sit, et quomodo fiat.
XVI. Aeionticum quid, et quomodo fiat?
XVII. Legato vino defrutum non continetur.

1 Rerum vocabnla sunt immutsbilia, *l.*
4. ff. de leg. 1. nec ex opinionibus, sed
2 ex usu communi sunt exaudienda: atque
ideo nemo videtur, dixisse id, quod suo
nomine usus non est. *l. Labeo ait* 7. §.
Servius ff. de supellect. leg. Quocirca,
licet error in nomine proprio nec insti-
tutionem vitiet, *l. si in nomine C. de* 3
testam. nec legatum, *l. 4. ff. de leg.* 1.
§. *si quis in nomine Instit. tit. de legat.* neque contrsctns, *l. si in nomine*
ff. de V. O. l. in venditionibus 9. §. *si*
in nomine ff. de contr. empt. neque ju-
dicium; *l. idem Pomponius* 5. § *cum*
in rem ff. de rei vindic. qnia nomina
propria mutabilia sunt, et a nostro ar- 4
bitrio pendent; *d. l. 4. ff. de leg.* 1. ta-
men constanter veteres responderunt, i- 5
nutile esse legatum, si testator erraverit
in nomine appellativo. *d. l. 4. vers. quod si quis. l. Labeo 7.* §. *Servius. cum seq. ff. de supellect. leg. l. si alii fundum ff. de us. et usufr. leg.* Itaque si quis vestem legare volens supellectilem legaverit; vel aurum, putans eo contineri electrum, et orichalcum, neque vestis, neque electrum, neque orichalcum debebitur. Nam, ubi nulla est in verbis ambiguitas, non est admittenda voluntatis quaestio. *l. ille, aut ille.* §. 1. *ff. de leg.* 3. *l. non est ferendus ff. de transact. l. quicquid. in fin. ff. de V. O.*

Contrarium tamen responsum videtur
in nostra *l. si quis vinum ff. de vin: trit.* 6
et oleo legat. ubi ait, quod, licet vini appellatione non contineatur zythum, camum, cervisia, hydromeli, cydonenm, defrutum; tamen legato vino haec omnia cotinebuntur, si ea vini numero paterfamilias habuit. Sola conjectura ducta ex usu patrisfam. efficit, ut vini nomine comprehendantur ea, quae vina non sunt.

Nec simile est, quod respondetur in 7
l. inter vestem 33. *ff. de aur. et arg. leg.* ubi, qui uti solet veste muliebri, non videtur, hanc vestem comprehendisse legato vestis muliebris. Ideoque nsus testatoris praevalet rei veritati.

Non est, inquam, hoc simile: nam 8
vestis virilis a muliebri solo usu differt,
non substantia: et quaedam sunt vestes

utrisque communes, et communes usus facit. *l. vestis* 23. §. *vestimenta. cum seq. ff. eod.* At vero zythum, cervisia, et aliae hujus generis potiones substantia differunt a vino, quam mutare non potest usus, ac voluntas testatoris.

9 Sed animadvertendum est, quod, licet rerum vocabula sint immutabilia, nec quisquam videtur dixisse quod non suo nomine usus est: tamen non adeo praefracte agendum est cum testatoribus, ut ad definitionem descendendum sit, nec iis negandum ut abusive loquantur interdum: *l. non aliter* 69. §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. cogi* 16. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* maxime si utantur nomine generali, quod aliquo modo possit eam speciem comprehendere, etsi minus proprie, et abusive. Sic permittimus testatori, ut abutatur nomine *usus* ad significandum usumfructum; *l. Divus* 21. *in princ. ff. de usu, et habit.* et abutatur nomine *tutelae* ad significandam curam; *l. Pater Severinam* 101. §. *conditionum ff. de condit. et dem.* et pubertatem vocet *minorem aetatem. l. cum filiofam.* 50. *versic. ego quidem ff. de leg.* 3. Idque suadet tum rerum inter se similitudo, tum generalis verbi significatio. Nam et ususfructus est quaedam species usus: ac licet in jure differat usus ab usufructu; tamen negari non potest, quin et fructuarius vere utatur et habeat pleniorem rei usum. Et cura species tutelae est: quia qui curat aliquid, etiam tuetur. Et minor aetas est plenissima pubertas.

Quibus probe constitutis facilis est, et
10 prompta nostrae legis explicatio. Vini duo genera sunt: naturale, et factitium. Factitium non est vere, et proprie vinum: sed tamen et habet vini similitudinem, et vinum a multis appellatur, et pro vino bibitur a multis Nationibus. Quamobrem nulla causa est, cur vini appellatione non debeat comprehendi, si aliqua conjectura possimus arguere mentem testatoris, illud legato comprehendere volentis.

Primum igitur habet maximam vini similitudinem. Tacit. *de moribus German. Potui humor ex hordeo, aut frumento, in quamdam similitudinem vini corruptus.* Virgil. 3. *Georgic.* de Populis ad Septentrionem:

et pocula laeti.
Fermento, atque acidis imitantur vitea sorbis.

En zythum: en cydoneum, nempe vinum ex pomis confectum. Hydromeli quoque, seu aqua mulsa, seu aqua melle condita, ejusdem modi est. De hac Plin. *lib.* 22. *cap.* 24. *Longa tamen vetustate transit in vinum, ut constat inter omnes.* Aristotel. *de mirab. auscult.* cujus verba Graeca omittam, et Latine vertam ne fastidium creem illis, qui graeca nesciunt. Ait igitur. *Ferunt Illyrios (quos Taulentios vocant) ex melle vinum conficere. Nam ubi favos expresserint, aqua superfusa coquunt in lebete, donec dimidium absumatur: deinde fictibus infundunt, et jam tum dulcissimum ponunt in vasis ligneis, in quibus longum tempus conservant, et evadit omnino vino simile, caetera dulce, et sincerum. Hoc idem in Graecia aliquando evenisse quidam ferunt, adeo ut a vino vetere nihil differret: sed postea eamdem temperationem quaerentes invenire non potuisse.*

Praeterea hujusmodi vina factitia a veteribus Auctoribus vina appellantur. Ita zythum definit Suidas: *Ζυθος, οἶνος ἀπὸ κριθῆς γινόμενος. Zithum, vinum ex hordeo factum.* Tacit. *de morib. German. Diem noctemque continuare potando nulli probrum: crebrae, ut inter vinolentos, rixae*: et deinceps: *Potui humor ex hordeo, et frumento, in quamdam vini similitudinem corruptus.* Atheneaus, *lib.* 10 *Deipnosophist. in fin. ait, Aegiptios, qui ob egestatem vino carere cogebantur, excogitasse inopiae solatium et bibisse vinum ex hordeo confectum.* Et narrat, Aristotelem scripsisse, eos, qui vino temulenti sunt, pronos in faciem vergere: eos autem, qui vino hor-

deaceo, in caput resupinari. Aristot. *de mirab. auscult.* Ἐν Ἰλλυρίοις φασὶ, τοῖς Ταυλαντίοις καλουμένοις, ἐκ τοῦ μέλιτος ποιεῖν οἶνον. *Ferunt apud Illyrios, qui Taulantii vocantur, ex melle fieri vinum et* Plin. *lib.* 14. *cap.* 17. *Fit vinum et ex aqua, ac melle tantum etc. hoc vocatur hydromeli, et vetustate saporem vini assequitur.* Et infra: *Ex unguentis vina composita.* Et *lib.* 22. *cap.* 4. *Longa tamen vetustate transit in vinum, ut constat inter omnes.*

Denique multae Nationes his potionibus pro vino utuntur. Dioscorid. *lib.* 2. *cap.* 110. Καὶ τὸ καλούμενον κοῦρμι, σκευαζόμενον δὲ ἐκ τῆς κριθῆς, ᾧ καὶ ἀντ' οἴνου πόματι πολλάκις χρῶνται σκεβρώζεται καὶ ἐκ πυρῶν τοιαῦτα πόματα, ὡς ἐν πρὸς ἑσπέραν Ἰβηρία, Βρεττανίᾳ. *Et quod vocatur curmi, ex hordeo fit, qua potione multis in locis pro vino utuntur. Fiunt et ex tritico hujus generis potiones, tum in Iberia, quae vergit ad Occidentem, tum in Britannia.* Est autem hoc curmi id, quod in nostra *l. si quis vinum ff. de vino trit leg.* appellatur *camum.* Utrumque enim simile cervisiae, quae ita vocata est a Cerere, id est fruge: est enim potio ex seminibus frumenti, vario modo confecta. Ita Isidor. *lib.* 20. *cap.* 3.

D. Hieronym. in *Esajam cap.* 19. *Zythum genus est potionis, ex frugibus, aquaque confectum, et vulgo in Dalmatiae Pannoniaeque Provinciis gentili barbaroque sermone appellatur Sabaïum: hoc maxime utuntur Ægyptii.* Utrumque verum: de nomine Ammian. Marcellin. *lib.* 26. *Est autem Sabaïa ex hordeo vel frumento in liquorem conversus paupertinus in Illyrico potus.* De Egypto testatur Athen. loco supra laudato: et versus allatus a Columella.

Et Pelusiaci proritet pocula zythi. Plin. *lib.* 22. *cap. ult. Ex iisdem frugibus fiunt et potus: zythum in Egypto: caelia, et ceria in Hispania: cervisia, et plura genera in Gallia, aliisque Provinciis.* Id. *lib.* 14. *cap. ult. in fin. Est et Occidentis Populis sua ebrietas fruge madida. Pluribus modis per Gallias, Hispaniasque nominibus aliis, sed ratione eadem. Ægyptus quoque e fruge sibi potus similes excogitavit: nullaque in parte mundi cessat ebrietas.* Viden', quot Nationes his potionibus pro vino uterentur? Aegyptus, Illyricum, Dalmatia, Pannonia, Gallia, Hispania, Britannia. De Gallia testatur etiam Diodor. *lib.* 3. ubi ait, quod, cum ea regio propter aeris frigiditatem neque vinum, neque oleum producat, coacti fuerunt homines potum sibi ex hordeo comparare, quem zythum appellant. Vix totidem Nationes repereris, quae vino uterentur.

His potionibus pro vino utuntur etiam hodie multae Nationes: sed haec scripsimus, ut ostenderemus, non aliam fuisse eorum temporum consuetudinem Atque omnino mirandum est, quam in bibendo ingeniosa esset illa aetas Plin. *lib.* 14. *cap. ult. Quanto tamen in potu ingeniosior apparebit, ad bibendum generibus centum nonaginta quinque, si species vero aestimentur, pene duplici numero excogitatis.* Nos etsi Indicas potiones accenseamus, tamen ad hunc numerum non poterimus pervenire. Concludam adjecto lepidissimo epigrammate Juliani Imperatoris, quod est in libro primo *Anthologiae*, et inscribitur: *In vinum ex hordeo.* In eo Bacchum alloquitur Poeta, et ait, se quidem agnoscere verum Bacchum Jovis filium; non autem hunc. Ille enim nectar olet: hic autem hircum. Hunc racemorum inopia confecerunt ex spicis Celtae: quare potius *Demetrium* (hoc est a Cerere) appellandum esse ait, quam *Dyonisum*: et ex frumento genitum, et *Bromum* potius, quam *Bromium.* Est autem bromus, avena.

Τίς; πόθεν εἷς Διόνυσε; μὰ γὰρ τὸν ἀληθέα Βάκχον Οὔ σ' ἐπιγιγνώσκω· τὸν Διὸς οἶδα μόνον
Κεῖνος νέκταρ ὄδωδε, σὺ δὲ τράγον. ἦ ῥά σε Κελτοὶ Τῇ πενίῃ βοτρύων τεῦξαν ἀπ' ἀσταχύων.

Τω σε χρὴ καλέειν Δημήτριον, οὐ Διόνυσον.
Πυρογενῆ μᾶλλον, κ' Βρόμον, οὐ Βρόμιον.
Unde? quis es Dionyse? satum Jove dicere Bacchum.
Par est: Tu Bacchi nomen inane geris.
Hircum tu redoles, hic nectar: spicea Celtae.
Vitea cum nequeant, pocula, Teque bibunt.
Non Jovis, at Cereris sobolem voco: Frugigenamque.
Te decet, atque Bromum dicere; non Bromium.

Ad legem nostram revertamur. Recte in ea notat Ulpianus, ea omnia ex mente testatoris vini legato contineri, quae pro hominum affectione, atque usu, vini numero habentur. Convenit his illud Plinii *lib.* 14. *cap.* 10. *Non possunt jure dici vina, quae Graeci deuteria appellant. Cato: et nos loram maceratis aqua vinaceis; sed tamen inter vina operaria numerantur.* Concurrit hic usus, et affectio testatoris cum usu, et affectione multarum Nationum, nec repugnat verbi significatio, cum plerique Auctores vini nomen his potionibus accommodarint, ut demonstravimus: et ideo secundum usum testatoris vini nomen interpretari debemus. Plurimum enim in verbis interpretandis deferendum est usui hominum, et consuetudini quotidianae. *l. ut Alphenus* 87. *ff. de V. S.* Eleganter juxta ac vere Horatius in *Art. poetic.*

Multa renascentur, quae jam cecidere, cadentque,
Quae nunc sunt in honore vocabula, si volet usus.
Quem penes arbitrium est, et jus, et norma loquendi.

11 Itaque, licet chartis legatis libri non contineantur, tamen si aliqua ratione argui possit, testatorem libros etiam voluisse legare, continebuntur legato, quia in usu plerique libros chartas appellant. *l. librorum* 52. §. *quod tamen ff. eod.* Supellectilis quoque appellatione non continetur argentum: sed quia luxus posterioris aetatis, posthabita prisca severitate, argentum in supellectilem invexit; hic usus, atque hic error jus facit, ut sit *JC. in l.* 3. §. *ult. in l. legata* §. 1. *ff. de supellect. leg.* 12

Antequam eam legem dimittamus, reliqua explicemus, quae in ea occurrunt. Mulsum vino non continetur. Mulsum ex vino, et melle fit. *l. adeo* §. *cum quis ex aliena ff. de acquir. rer. dom.* §. *cum ex aliena Instit. tit. de rer. divis.* Plin. *lib.* 22. *cap. ult.* Dioscor. *lib.* 5. *cap.* 16. et alii. Itaque inter dulcia potius, quam inter vina numeratur. *l. ult. ff. de trit vin. et ol. leg.* Fit enim mulsum duabus vini metretis, admixta una mellis. Dioscor. *ibid.* Itaque ex parte tertia est mel.

OEnomeli autem vino continetur. Vi- 13
dentur haec duo contraria. Nam mulsum, et oenomeli idem esse, norunt omnes. Mulsum Latine, oenomeli graece dicitur: significat enim vinum, melle mixtum. Sed non temere Ulpianus addidit illa verba: *oenomeli, id est, dulcissimum vinum*: scilicet, ut intelligeremus eum non loqui de mulso, sed de vino dulcissimo. Mulsum vini appellatione non continetur, quia tertiam partem mellis admiscendo fit nova species; *l. adeo* 7. §. *cum quis ex aliena ff. de acquir. rer. domin.* §. *cum ex aliena Instit. tit. de rer. divis.* oenomeli continetur, quia vinum est, licet dulcissimum. Atque ita appellatur non a mellis mixtione, sed a mellis dulcedine, ac similitudine. Hujusmodi erat vinum Narbonense dulcissimum, quod fiebat ex uva pediculo in vite intorto. Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. Quod autem hoc genus vini significare voluerit Ulpianus, verosimile est, quia illud conjunxit cum passo. Est autem passum, ut ait Nonius, *Vinum, quod ex uva passa cogitur.* Fiebat autem ex uva apiana, sole adusta, et leniter tusa, ut ait Plin. *ibid.* Vide et Columell. *lib.* 12. *cap* 39. ubi late et explicate docet, quomodo passum fiat. Virgil. *lib.* 2. *Georg.* Psy-

thiam vitem passo conficiendo utilem esse ait.

Et passo Psythia utilior.

14 Et Plin. ibid. *Psythium, et melampsythium passi genera sunt.* Recte igitur hujusmodi vinum comparatur ab Ulpiano cum oenomelite.

Possemus id etiam interpretari de vi-
15 no, cui admixtum est modicum mel, quod retinet naturam, et appellationem vini, et a Dioscoride *lib.* 5. *cap.* 15. appellatur vinum melitites: hoc est, vinum mellitum, et fit addito mellis congio ad quinque congios austeri musti, et salis cyatho. Sane Martialis mulso passum comparat in lemmate *Passum.*

Gnossia Minoae genuit vindemia Cretae.
Hoc tibi, quod mulsum pauperis esse solet.

Sicut ab Ulpiano oenomeli, et passum.

Acinaticum quoque ejusdem generis est. Describitur a Cassiodoro *variar. lib.* 12. *ep.* 4. *Autumno lecta de veneis in*
16 *pergulis domesticis uva, resupina suspenditur. Servatur in vasis suis, thecis naturalibus custoditur, regescit, non liquescit ex senio: tunc fatuos humores exsudans magna suavitate dulcescit. Trahitur ad mensem Decembrem, donec fluxum ejus Hyemis tempus aperiat: miroque modo incipit esse novum, quando cellis omnibus reperitur antiquum. Hyemale mustum uvarum frigidus sanguis, in rigore vindemia, cruentus liquor, purpura potabilis, violeum nectar. etc.*

Igitur haec tria genera similia sunt, oenomeli, passum, acinaticum: fiunt enim ex uva, vel in ipsa vite, vel ad solem, vel frigore adusta.

17 Defrutum autem non continetur, quia, ut ait Plin. *lib.* 14. *cap.* 9. *ingenii non naturae opus est. Musto ad tertiam partem mensurae decocto, sapa ad dimidiam, defrutum vocatus: omnia in adulterium mellis excogitata.*

CAPUT XIX.

Ad l. Labeo libro 45. *ff. de contr. empt.*

SUMMARIUM.

I. Error in corpore vitiat obligationem. Secus tamen est, si error sit in pecunia numerata, aut in accessorio.

II. Hunnii interpretatio ad *l. Labeo* 45. *ff. de contr. empt.* rejicitur. Aurichalcum non differt ab orichalco. Scribendum sit, *aurichalcum* an *orichalcum*. Unde ita dictum sit. Duae species illius. Factitium quomodo fiat. Fossile ubi reperiatur. Qua de causa accipiatur facile pro auro n. 4.

III. Error in qualitate non vitiat venditionem.

IV. Qualitatis nomine saepe materiam significant veteres Jurisconsulti.

V. Error in materia vitiat venditionem; et ideo, si quis emat virginem pro puero, emptio non valet: secus est si emat mulierem pro virgine, n. 6.

VI. Error in materia non vitiat contractus; ut pignus, et stipulationem.

VII. Error in materia non vitiat emptionem, si non omnino sit in materia erratum; ut si putetur aureum id, quod est inauratum.

VIII. Si altera alteri materiae non sit admixta, sed eam conperiat, error vitiat venditionem.

IX. Cujacius in *l. Labeo* 45. *ff. de contr. empt.* rejicitur. Actio ex empto nascitur emptione invalida existente: ut consequamur id, quod nostra interest. Emptio invalida dici non potest, quando venditor tenetur ad praestandam rem venditam, et emptor ad pretium.

X. Facti species de oricalco pro auro vendito in *l. Labeo* 45. *ff. de contr. empt.* proponitur, et explicatur textus.

XI. Aurichalcum ponitur adjective.

Error in corpore rei vitiat obligatio- 1
nem, cum consensum impediat, sine quo contrahi non potest obligatio. *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *et l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O. l.* 9. *ff. de contr. empt.* Error tamen in pecunia numerata non nocet: *l. quae extrinsecus* §. 1. *ff. de V. O.* quia in ea non tam corpus ipsum monetae consideratur, quam valor, et aestimatio. *l.* 1. *in fin. principii ff. de contr. empt.* Error quoque in re, quae accessionis loco venditur, non vitiat venditionem: *l. si in emptione* 34. *ff. de contr. empt.* quia accessorium sequitur naturam principalis, *c. Accessorium de reg. jur. in* 6. solus igitur error in corpore rei principalis, quae non sit pecunia numerata, vitiat contractum.

Contrarium suadere videtur Marcianus in *l. Labeo* 45. *de contr. emt.* ibi: *Si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.* Multis difficilis videtur haec lex: sed est etiam multo difficilior, quam ipsis videatur.

2 Respondit Hunnius, in hac lege errasse contrahentes non in corpore et substantia rei, sed in qualitate materiae: aurichalcum enim nihil aliud est, quam aurum chalco mixtum: ac proinde est aurum vilius, sive impurum, et aere contaminatum: neque enim idem est, auctore Festo aurichalcum, et orichalcum.

Falsa omnia. Falsum, quod differat aurichalcum ab orichalco. Falsum, quod aurichalcum sit aurum vilius et impurum, et aere mixtum. Falsum proinde quod ibi erratum sit in qualitate, non in materia, et substantia.

Aurichalcum non differt ab orichalco: et scribendum esse, *orichalcum*, Viri docti autumant. Certe Poetae non aliter scribunt. Horat. in *arte Poet.*

Tibia non, ut nunc, orichalco vincta. ——

Virgil. *lib.* 12. *AEneid.*

Ipse dehinc auro squalentem, alboque orichalco.
Circumdat loricam humeris. ——

Plaut. in *Pseud.*

Dii Immortales! orichalco contra non carum fuit.
Meum mendacium, hic modo quod subito commentus fui.

Idem in *Curcul. scen.* Placide:

- *Auro contra cedo modestum amatorem, a me aurum accipe.*
Cedo mihi contra orichalco, cui ego sano serviam.

Idem in *Milite glorios.*

Ego istos mores orichalco contra comparem. Cicero etiam *lib.* 3. *de offic. Si quis aurum vendens, orichalcum se putet vendere, indicetne ei vir bonus, aurum illud esse?*

Non tamen is ego sum, qui licet putem, scribendum esse *orichalcum*, negem nusquam reperiri scriptum *aurichalcum*, Quamvis enim vox haec non sit composita ex voce *aurum* et χαλκός (cum fere sit insuditum, teste Quintiliano *lib.* 1. *c.* 9. vocem componi ex duabus vocibus, quarum una Latina sit, altera Graeca) tamen mirandum non esset, si Plautus, aut aliquis eo antiquior, scripsisset *aurichalcum*, cum apud Veteres facile *au* in *o*, et *o* in *au* converteretur: et *orum* diceretur pro *aurum*, *orata* pro *aurata*, *aula* pro *olla*, *ausculor* pro *osculor*. Sic ab iis dictum *caudex* et *codex*, *Claudius* et *Clodius*, *Caurus* et *Corus*, *plaustrum* et *plostrum*, *auricilla* et *oricilla*, et hujus generis non pauca. Hujus vocis similitudine decepti quidam putaverunt, ita nominatum fuisse ad auro, et aere; vel quod sit aurum aere mixtum; vel quod auri colorem praeseferat, et aeris duritiem. Caeterum vox haec greca est, ὀρείχαλκος, quae significat *aes montanum*. Hesiodi Interpres: Ὀρείχαλκος τὸ λευκὸν χάλκωμα, ἐν οὔρεσι γὰρ εὑρίσκεται. ἄλλοι δὲ φασὶν, ὀρείχαλκον εἶναι ὕλην τινὰ μεταλλικὴν, χαλκοῦ τιμιωτέραν. *Orichalcum species aeris alba, in montibus enim invenitur. Alii vero ajunt, esse quamdam materiam metallicam, aere praetiosiorem.* Auctor *Etymolog. magn.* Ὀρείχαλκος εἶδος ὕλης οὕτω καλουμένης, ὅπως νῦν οὐχ εὑρίσκεται. Ἄλλοι δὲ λέγουσιν, ὅτι χύμασις ἐστὶ χαλκοῦ τῷ ναυὶ εὑρισκομένη λευκοῦ χαλκοῦ, ὅτος γὰρ σκληρασίᾳ συνίγνεται, λευκὸς φύσει, Hesychius definit ipsum materiam aeri similem: et Philoxenus, materiam metallicam, aere pretiosiorem. Apollonii Interpretes ita dictum putant ab Orco inventore. Suid. *aes splendidum aes probatum.*

Constat igitur, quam falsa sit opinio illa, quae ex corrupti nominis errore fluxit in vulgus, orichalcum esse aurum aere mixtum, esse aurum vilius, ut ait Hunnius Idque praeterea facile potest hoc modo demonstrari. Orichalci duae recensentur species, factitium, et fossile.

In orichalco factitio nusquam aurum. Fit enim ex aere, cum quo Cadmea terra miscetur. Ipse Festus in voce *Cadmea. Cadmea terra*, inquit, *quae in aes conjicitur, ut fiat orichalcum.* Strabo: *Apud Andeira lapis reperitur, qui exustus transit in ferri vim. Mox cum terra quadam in fornace concoctum pseudargyrum exsudat. Deiu si aeri promisceatur, fit orichalcum.* et idem *lib.* 13. *Geograph.* Hanc compositionem agnoscit etiam Auctor *Etymol. loco supra allato.*

Orichalcum vero fossile in India reperiri scribit Diodor. *l.* 3. *Biblioth.* et Plin. *lib.* 34. *c.* 2. *Fit et ex alio lapide, quem chalciten vocant in Cypro, ubi prima fuit aeris inventio: mox vilitas praecipua reperto in aliis terris praestantiore; maxime orichalco, quod praecipuam bonitatem, admirationemque diu obtinuit, nec reperitur longe jam tempore effecta tellure.* Idem videtur confirmare Auctor *Etymol.* ut supra; et Hesychius in voce ὀρείχαλκος Servius ad versum Virgilii supra allatum: *Apud majores orichalcum pretiosius omnibus metallis fuit: namque, sicut Lucretius dicit, cum primum homines sylvas incendissent, nullarum adhuc rerum periti, terra casu fertilis omnium desudavit metalla, inter quae orichalcum pretiosius visum est, quod et auri splendorem, et aeris duritiem possideret. Nam primum ex auro securis facta displicuit causa mollitiei. Simili ratione et argenti contemptus est usus: mox aurichalcum placuit, donec veniretur ad ferrum. Unde dicuntur saecula ita fuisse divisa.* De orichalco Servii commentum est: aut hoc nomine significare voluit ipsum aes, quod non crede. Certe Lucretius, quem laudat, haec refert de aere, non de orichalco. Ejus carmina sunt in *lib.* 5. *vers.* 1242.

Quod superest aes, atque aurum, ferrumque, repertum est,
Et simul argenti pondus, plumbique potestas,
Ignis ubi ingentes sylvas ardore cremarat.

Huic fabulae fidem non videtur abnegare Posidonius apud *Strabonem lib.* 3. Et deinceps:

Nam fuit in pretio magis aes, aurumque jacebat.
Propter inutilitatem hebeti mucrone retusum.

Nusquam orichalci mentio. Reperiri tamen orichalcum fossile, negat Aristoteles apud Apollonii Scholiasten: et incerta Plinii fides, cum longo jam tempore neget reperiri, ut etiam confirmat Auctor *Etymol.*

Sed hoc non facit ad rem nostram. Do enim, reperiri orichalcum fossile. Certe id erit quaedam species metalli, aut quaedam species aeris colore aureo, aut species aeris albi, ut arbitrantur Auctores supra laudati: non vero aurum aere mixtum, aurum vilius.

Falsum est igitur, errari in qualitate, quoties venditur orichalcum pro auro, ut in nostra *l. Labeo.* Utique constat, errorem esse in materia, cum differat orichalci materia a materia auri. Poterat id Hunnius, si non ex peritia antiquitatis, saltem ex ipsa lege assequi. Si enim in ea lege fuisset erratum in qualitate, venditor non teneretur praestare aurum, sed aurichalcum ipsum, quod vendidit; ac praeterea, quanto minoris venire solet orichalcum, quam aurum. *l. Julianus in princ. ff. de act. empt. l. si sterilis.* 21 §. *quamvis ff eod.* Valet enim venditio, cum in qualitate erratur, et venditor tenetur ad praestandam rem venditam. *l. aliter. et l. quid tamen* 14. *ff. de contr. empt.* Illud tamen est animadversione dignum, quod nomine qualitatis 4
materiam saepe significant veteres Jurisconsulti, ut in *d. L. sterilis* 21. § *quamvis ff. de act. empt.* et probari potest conferendo textum in *l.* 198. *ff. de V. S.* cum *l. si praedium C. de praed. min.*

Sed qui fit, inquiet aliquis, ut tam facile erretur inter orichalcum, et aurum, si non in sola qualitate, sed in materia differunt? Certe Cicero, ut proponat exemplum probabilis erroris, supponit, vendi aurum pro orichalco: et Labeo hic vendi orichalcum pro auro. Dicam, ut res est. Facile obrepit hic error aurei coloris causa, quem praesefert orichalcum, teste Servio, Festo Isidoro, et aliis. Nec solum aureum colorem habet, sed et splendidum, qualis auri esse solet. Quare graeci Poetae oricalcum semper appellant splendidum. Hesiod.

—— κνημῖδας ὀρειχάλκοιο φαεινοῦ. et Apollonius:

Λαμπετιν δ' ἐπὶ βυσὶν ὀρειχάλκοιο φαεινὴν.
Πάλλεν ὀπισθόμενα καλαύροπα. ——

Hinc fortasse Virgilius orichalcum dixit *album*, quasi splendidum: vel potius, quia color ejus albicat aliquantum, et ab Hesiodi Scholiaste, et Auctore *Etymolog. magni* vocatur *album aes*: et harum rerum periti ajunt, pretiosius esse orichalcum album. Est igitur simile auro orichalcum, ut in voce ὀρειχαλκος ait Hesichius, atque inde ejus valor immodicus, ut constat ex Plauti versibus supra allatis, hinc etiam facilis error.

5 His praemissis facilis est responsio. Ea lex non pertinet ad quaestionem nostram: neque enim ibi agitur de errore in corpore rei, sed de errore in materia, qui longe differt.

Sed Charybdin declinantes incidimus in Scillam incauti. Pone, erratum fuisse in materia: certo nihilominus emptio erit irrita. Error enim in materia vitiat emptionem. *l. in venditionibus. §. ult. l. quid tamen ff. de contr. empt. l. si sterilis. §. quamvis ff. de act. empt.* ubi legendum est, *emptionem non esse*, ne sit contraria *l. in venditionibus ff. de contr. empt.* licet in *Pandectis Florentinis* negatio desit.

6 Quoniam vero hoc argumento conjicimur in aliam quaestionem, de hac quoque pauca delibemus. Error in materia non vitiat contractus. *l. si id quod, aurum 22. ff. de V. O. l. 1. ff. de pign. act. l. cum aes ff de furt.* Vitiat tamen emptionem. et venditionem. *d. l. si in venditionibus*, cum aliis similibus. Ratio haec afferri solet, quod in aliis contractibus, ut in stipulatione, in pignore, interest creditoris valere contractum, et non esse irritum. Si enim fuerit irrita stipulatio, vel pignus, nec aurum habebit creditor, cujusmodi putabat esse illud corpus; nec aes, quod re vera est. Interest igitur ejus, potius aes habere, quam neutrum. In emptione longe aliter se res habet. In hac solvendum est a venditore pretium: propterea ejus interest emptionem non valere, ne pretio auri emat aes: quo fit, ut nullum in corpore aeris consensum praestitisse conjectura assequamur, quia aliud pretium in aere constituisset. Adeo autem hic error vitiat, ut, si quis virginem pro puero emerit, emptio non valeat: licet valeat, si quis mulierem pro virgine emat: *l. alioquin §. 1. ff. de contr. empt.* quia ille errori materiae comparatur, cum sit error in sexu: hic vero comparatur errori qualitatis. Mulier enim a virgine solum qualitate differt, et est paulo vilior. Imo cum virgo a vigore, vel viridiore aetate dicta sit, ut putat Isidorus, ac Festus; et quaedam nuptae eandem aetatis viriditatem, floremque, et vigorem praeseferant; saepe etiam mulieres appellantur virgines. In jure nostro Ulpianus nos docet. mulieres appellari etiam virgines. *l. argumento. §. muliebri ff. de auro, arg.* Virgilius Pasiphaen virginem appellat, cum jam peperisset tres filios, Phaedram, Ariadnam, et Androgeum:

Ah virgo infelix! quae te dementia cepit! et rursus:

Ah virgo infelix! tu nunc in montibus erras.

Horatius de Clytemnestra:

—— Et in omne virgo
Nobilis aevum.

Euripides in *Ione*: παρθένος πκσῦσα *Vir-*

go parturiens, et Terentius in *Hecyra* Phicumenem post partum virginem appellat. Philo περὶ ὀνείρων. Εὔγειον παρθένον. *Faecundam virginem*. et Hesychius Evam appellat primam virginem.

7 Animadvertendum tamen est, quod, etsi error in materia vitiet emptionem; valet tamen emptio, si non omnino in materia sit erratum; ut si putetur aureum id, quod est inauratum; argenteum id; quod est inargentatum: *l. quid tamen ff. de contr. empt.* cum materies illa, in qua convenitur, sit admixta atque infusa illi, in qua erratur. Illa enim quodammodo hanc ad se trahit. et haec ejus naturam induit ac sequitur; quod potest recte explicari exemplo confusionis, tradito *in §. si duorum Inst. tit. de rer. div.* Ex *d. l. quid tamen ff. de contr. empt.* observandum est, quod, si orichalcum esset aurum aere mixtum, valeret emptio.

8 Quod si altera alteri materiae non ait admixta, atque infusa, sed alia ab alia cooperiatur; ut, si mensa lignea cooperta sit lamina argentea, et putetur ex solido argento confecta, emptio nulla erit. *l. cum ab eo §. ult. ff. de contr. empt.* Operimentum enim non est mensae pars, sed ejus accessorium; quamobrem non potest mensam in suam naturam convertere, sed potius ipsum sequitur naturam mensae.

9 His delibatis, redeamus ad nostrum argumentum, a quo fortasse paulo longius digressi sumus. Si in *d. l. Labeo* erratum esset in materia, non valeret emptio, et tamen ibi emptio valet. Negat hoc doctissimus Cujacius: putat enim ibi nullam esse emptionem, monetque, nos moveri non debere, quod ex ea emptione nascatur actio ex empto, etiamsi emptio nulla sit, ad *text. in l. qui officii* 62. *§.* 1. *ff. de contr. empt. in l. si sterilis §. quamvis ff. de act. empt.*

Ego tamen doctissimo Viro assentiri non possum. Duo sunt, quae animum meum a sententia ejus abducunt. Primum emptio illa comparatur cum emptione, in qua vendita erant vestimenta interpola pro novis, quam valere nemo dubitat. Praeterea quoties venditor tenetur praestare id, quod vendidit, non potest esse irrita emptio: si enim dicamus, non valere emptionem, in qua venditor tenetur ad praestandam rem venditam, et emptor ad praestandum pretium, nulla emptio valebit: cum in omni emptione nullo alio modo emptor, et venditor obligentur. Plane aliquando nascitur actio ex empto, etiamsi emptio non valeat: sed ideo, ut ea actione consequi possimus id, quod nostra interest, deceptos non fuisse; non ut consequamur rem venditam, ex adductis legibus, et ex *§. ult. Inst. tit. de empt. et vendit.* At vero in *d. l. Labeo*, tenetur, et conveniri potest venditor ad praestandam rem venditam, non ad id, quod interest.

Quo accuratius eam legem perpendo, eo magis mihi monstri instar esse videtur, quod in ea continetur. Si valet emptio, praestandum est orichalcum, non aurum; vendidit enim orichalcum pro auro; si emptio non valet, praestandum est pretium, aut quanti interest; non aurum, aut orichalcum. In ea autem lege nec orichalcum praestandum est, nec quanti interest, igitur nec valet, nec non valet emptio; quod fieri non potest. Rursus, si ibi proponitur venditum orichalcum, quomodo potest teneri venditor, ut praestet aurum, quod vendidit? Si vendidit orichalcum, non vendidit aurum; si aurum vendidit, non vendidit orichalcum pro auro. Negari non potest, pugnare inter se verba Jurisconsulti.

Dum videor huic legi inextricabilem errorem affingere, eo magis rem expedio. Fingendus est enim casus, cui conveniant haec omnia: videlicet in quo valeat emptio; et tamen venditor non teneatur praestare orichalcum, quod vendidit; ac rursus in quo vendiderit orichalcum pro auro, sed tamen vendiderit etiam aurum: atque ita, ut non te-

neatur praestare orichalcum, sed aurum.

10 Species, quam quaerimus, haec est. Quidam habebat duo vasa ejusdem magnitudinis, figurae, eodem artificio elaborata, alterum ex orichalco, alterum ex auro. Putabat, utrumque aureum esse. Quidam cum ea videret, et aurea judicaret, emit unum ex his, et, ut plerumque fit, non demonstravit, ac designavit, quodnam emeret, cum similia essent. Sed ita emit: *Unum ex his vasis aureis mihi emptum est aureis tot.* Ubi de pretio convenerunt, venditor ei tradidit vas illud, quod factum erat ex orichalco, vel emptor ipse ultro accepit. De hac specie quaeritur in *d. lege*: huic enim conveniunt ea omnia, quae in *d. lege* supponuntur. Valet enim emptio: cum enim emptum sit vas in genere, nullus error in contrahenda emptione intervenit, qui eam vitiare possit. Si enim omnia vasa essent ex orichalco, utique non valeret emptio propter errorem in materia: sed cum inter ea vasa sit aliquod vas aureum juxta mentem contrahentium utique emptio valet. Rursus ita valet emptio, ut venditor teneatur praestare vas aureum, licet vendiderit orichalcum pro auro. Utrumque enim vas fuit in venditione, et obligatione, ut usu venire solet in omni obligatione generis: *l. Maevius. §. non idem ff. de leg.* 2. *l. si duo. l.* 28. *ff. de V. O. l. ait Praetor. §. etsi sine ff. minor. l.* 3. *ff. qui et a quibus.* seu potius incertum vas erat in obligatione. *l. ubi autem. in princ ff. de verb. oblig.* Ex solutione autem apparere deberet, quodnam ex illis vasis venditum sit: ita ut, si utrumque vas esset aureum, illud venditum intelligeretur, quod traditum est. Verumtamen in nostra specie, cum mens contrahentium sit, ut vendatur vas aureum, licet aliud traditum sit, tamen re vera venditum intelligitur vas aureum, idque a venditore praestandum est. Recte igitur ait Jurisconsultus: *Si quis vas aurichalcum pro auro vendidit.* Utique enim vendidit vas aurichalcum: qui enim vendit unum ex pluribus vasis, illud censetur vendidisse, quod solvit. Postea subjicit: *tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.* Et hoc etiam recte. Nam cum in vase soluto erratum sit, et constet, vas solutum non esse aureum, ut putabatur; jam constat, in eo emptionem consistere non posse: ac propterea re vera propter errorem, non vas, quod solutum est, sed alterum vas aureum venditum est, et ad illud praestandum tenetur venditor. Vas aurichalcum est in venditione, tum quia continetur in genere vendito, tum quia fuit solutum ex causa venditionis. Vas aureum est in venditione, tum quia etiam ipsum est in genere vendito, tum quia tale est, quale volebant esse contrahentes. Illud non recte praestatur, quia quoad ipsum, erratum est in materia, cum sit ex aurichalco. Hoc praestandum est, quia eventus declaravit, in hoc erratum non fuisse, cum sit aureum, cujusmodi esse debebat ex mente contrahentium.

Pro coronide notanda sunt verba Ju- 11
risconsulti: *Vas aurichalcum.* Ponitur hic adjective, ut saepe a Graecis. Observare id potes apud Suid. κώδωνας ὀρειχάλκους. et ὀρείχαλκος στήλη.

CAPUT XX.

Ad §. est autem litus Instit. tit. de rer. divis.

SUMMARIUM.

I. Litoris definitio.
II. Æstus Maris quando existat maximus.
III. Hiems non solum significat anni tempus, sed etiam tempestatem Ventorum, et Maris.
IV. Hibernus fluctus accipitur a Justiniano pro fluctu, qui in tempestate excitatur.
Arcturus maximas excitat tempestates, et quando oriatur.
V. Explicatur *L. Litus* 112. *ff. de Verb. Sign.* et quid significet vox *aestus* et *exaestuo*.

Memoriae proditum est, Scipionem 1
Africanum ac Laelium in litore Maris

conchas, et umbilicos legentes honesto otio fuisse delectatos. Nos quoque deambulantes in litore Maris, ex amaenioribus litteris aliquid decerpamus, quod nobis facem praeferat ad leges nostras explicandas, et litoris fines constituendos. Admonemur enim a Quintiliano, ut verborum proprietatem accurate inquiramus, cum hoc a veteribus Jurisconsultis factum sit, licet in litore definiendo translatione fuerint usi Isid *lib.* 5. *cap. ult.* ait: *Etiam ipsi Jurisconsulti, quorum summus circa proprietatem verborum labor, litus esse audent dicere, qua fluctus alludit.* Galli Aquilii est haec definitio. Cicer. in *Topic. Litus solebat Gallus Aquilius per translationem definire, qua fluctus eluderet.* Nostri autem Jurisconsulti hanc translationem rejecerunt, et noluerunt recedere a proprietate verborum. Celsus *l. Litus* 96. *ff. de V. S. Litus est, quousque maximus fluctus a Mari pervenit: idque M. Tullium ajunt, cum Arbiter esset, primum constituisse* Legislator noster Justinianus paulum mutavit hanc definitionem in §. *est autem litus Inst. tit. de rer. divis. Est autem litus Maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.* In hac definitione explicanda mihi non satisfaciunt Viri doctissimi, qui hibernum fluctum eum esse tradunt, qui aestu reciprocante accedit, ac recedit; eumdemque esse maximum, quia Hieme maximi fiant aestus.

2 Numquam huic explicationi acquiescere potui, ne quidem tum, cum in scholis agebam, et elementa Juris accipiebam. Neque enim ignorabam, falsissimum esse, maximos aestus hiberno tempore contingere, nisi cum Posidonio errare velimus potius, quam cum omnibus aliis, et cum ipsa rerum natura bene sentire. Strabo *lib.* 3 *circa fin. Gaditani Posidonium in errorem adduxerunt qui ei renunciarunt circa Brumam, et Solstitium maximos aestus fieri, minimos in duobus AEquinoctiis. Itaque maximi aestus sunt in duobus AEquinoctiis, minimi Bruma atque Solstitio.* Plin. *lib.* 2. *cap.* 97. *Augentibus ea cuncta solis annuis causis, duobus AEquinoctiis maxime tumentes, et autumnali amplius, quam verno; inanes vero Bruma, et magis Solstitio.* Senec. *Nat. Quaest. lib.* 3. *cap.* 27. *Ergo ut solet aestus aequinoctialis sub ipsum Lunae, Solisque coitum omnibus aliis major undare.* Tacit. *lib.* 1. *Annal. Vitellius primum iter sicca humo, aut modice adlabente aestu, quietum habuit. Mox impulsu Aquilonis, simul Sidere AEquinoctii, quo maxime tumescit Oceanus, rapi, agique agmen: et opplebantur terrae. Eadem freto, litori, campis facies.* Igitur verba illa definitionis ad aestum marinum referre non possumus, qui minimus est Hieme: praesertim quia in Mediterraneo maxima pars litoris aestu caret, qui sensu percipiatur, ut testatur Ricciol. *Al. mag. nov. part. poster. lib* 9. *section.* 4. *cap.* 16. et doctissimus Galilaeus noster *in dialog.* 4. *de system. mund.* et probabile est, suam definitionem nostro Mari accommodasse Legislatorem, non Oceano.

Existimo ego, fluctum hibernum significare fluctum tempestate agitatum, nec ad Anni tempus, sed ad tempestatem Maris id esse referendum. *Hiems* non solum dicitur Anni tempestas, sed etiam tempestas imbrium, Ventorumque, et tempestas Maris irati Plinius: *Haec cum sereno Coelo apparere desierit, atrox hiems sequitur.* Virgil. *lib.* 1. *Georgic.* 3

Nec nocturna quidem carpentes
pensa puellae.
Nescivere hiemem. ————

Et ibid.

———— *ita turbine nigro.*
Ferret hiems culmumque levem,
stipulasque volantes.

Sic et apud Graecos vox χειμὼν non solum Anni tempus, sed et vim Ventorum, et imbrium significat. Itaque quod

de apibus tradidit Aristoteles: Προγινώσκουσι δὲ καὶ χειμῶνα, καὶ ὕδωρ; Plinius Latine reddidit: *praedivinant Ventos imbresque*. Et quod in Geopon. est χειμῶνα σημαίνει, apud Plininm est: *Ventos, et imbres praemonet*. Et Aratus saepe utitur hac voce sd significandam vim Ventorum, et imbrium.

Praeterea *hiems* dicitur tempestss procellosi Maris. Virg. *lib.* 3. *Æneid.*

Tum mihi caeruleus supra caput adstitit imber,
Noctem, hiememque ferens; et inhorruit unda tenebris.

Idem lib. 1. *AEneid.*

Jam validam Ilionei navem, jam fortis Achatae.
Et qua vectus Abas, et qua grandaevus Aletes,
Vicit hiems. ——————

Et *in* 2. *AEneid.*

—————— *saepe illos aspera Ponti*
Interclusit hiems, et terruit Auster euntes.

Statius *lib.* 3 *Sylv.* 2.

—— *Visis tumuerunt puppibus undae,*
Inque hominem surrexit hiems. ——

Et *lib.* 3. *Sylv.* 5. etiam incendium erumpens ex Vesuvino vertice *hiemem* audet appellare.

Non adeo Vesuvinus apex, et flammea diri
Montis hiems trepidas exhausit civibus urbes.

Hinc derivatae sunt voces hibernus, hiemans, hibernare, quae omnes de Mari tempestatibus agitato dicuntur. Pers. *Satyr.* 6.

—— *Mihi nunc Ligus ora*
Intepet, hibernatque meum Mare. ——

Intepet, et hibernat, cum ventis, et tempestatibus agitatur. Cic. *de natur. Deor. lib.* 2. *Atque etiam Maria agitata ventis ita tepescunt, ut intelligi possit, in tantis illis humoribus inclusum esse calorem: nec enim ille externus, et adventitius habendus est, sed ex intimis Maris partibus agitatione excitatus.* Tibullus *lib* 2. *Eleg.* 6.

Claudit et indomitum moles Mare, lentus ut intra
Negligat hibernas piscis adesse minas.

Arcturus apud Plaut. *in Rudent. in Prolog.*

Increpui hibernum, et fluctus movi maritimos.

Et ne quis putet, has voces in usu esse solummodo apud Poetas, Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri fere mense, autumnali sidere hiemante lacu.* Senec. *epist.* 114. *Dixit Sallustius aquis hiemantibus.* Arruntius in primo belli Punici ait: *Repente hiemavit tempestas.* Et alio loco: *Inde sexaginta onerarias leves praeter militem, et necessarios nautarum, hiemante Aquilone misit.* Petron. Arbit. *Satyr. Utinam me solum inimicus ignis hauriret, utinam hibernum invaderet Mare.* Sic et apud Graecos χεῖμα et χειμὼν significat Maris tempestatem: et νῆες χειμασθεῖσαι dicuntur naves tempestate jactatae, atque dispersae, a Thucydide *lib.* 3. *et* 8 *histor.*

4 Quemadmodum igitur Sallustius dixit: *aquas hiemantes*, et Petronius, *hibernum Mare*, et Tibullus, *hibernas minas;* sic Justinianus noster dixit: *hibernum fluctum;* nempe fluctnm tempestate agitatum. Posset etiam quis id referre ad Anni tempus, quia Hieme sunt maximae tempestates: sed minus eleganter, ac minus etiam recte. Etenim non semper Hieme maxime tempestates excitantur. Certe Arcturus existimatur omnium siderum acerrimum esse ad ciendas tempestates. Sic ipse loquitur apud Plaut. *in Rudent.*

Increpui hibernum, et fluctus movi maritimos.
Namque Arcturus signum omnium sum acerrimum.
Vehemens sum exoriens, cum occido, vehementior.

Oritur autem Arcturi sidus ante AEquinoctium autumnale. Plin. *lib.* 2. *cap.* 47. *Sidus. Arcturi, quod exoritur undecim diebus ante Æquinoctium Au-*

tumni. Columell. *lib.* 11. *cap.* 2. *Nonis Septembris Arcturus exoritur.* Itaque etiam Autumno potest contingere maxima tempestas; ac propterea definitio illa nec satis apte, nec satis dilucide aperiet naturam rei, quam definit. Sed tamen omnia interpretatio verior, et probabilior est ea, quae communiter traditur de aestu marino.

5 Doctissimis Viris, ut opinor, imposuerunt verba Javoleni in *l. litus* 112. *ff. de verb. sig. Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat* His perspicue videtur indicari aestus Maris. Sed non ita est. Hac voce utuntur Latini ad describendas tempestates. Virgil. *lib.* 3. *Georgic.*

> *Fluctus ut in medio coepit cum albescere ponto*
> *Longius, ex altoque sinum trahit, utique volutus*
> *Ad terras immane sonat per saxa, nec ipso*
> *Monte minor procumbit: at ima* exaestuat *unda*
> *Vorticibus, nigramque alte subjectat arenam.*

Plin. *lib.* 37. *cap.* 2. *de electro*: *Oceano id exaestuante ad Piranaei Promontorium ejici.* Exaestuare et fervorem, et fragorem etiam indicat. Virgil. *de Ætna*:

> ----- *liquefactaque saxa sub auras*
> *Cum gemitu glomerat, fundoque exaestuat imo.*

Utrumque autem proprium est tempestatis. Fragorem et sonitum in tempestatibus nemo non audivit. Fervor quoque tempestati tribuitur. Itaque apud Eustath. *lib.* 5. *Odyss.* Dorion quidam irridet ineptum Poetam, frigide tempestatem describentem; et ait, se vidisse, multo majorem tempestatem excitari in patella bulliente. Unde Graeci quoque utuntur simili verbo in describendis tempestatibus. Calab. *lib.* 2.

> —— *ὥστε κύματα ἐν βορέαο σθένεϊ*
> Πολλ' ἐπιπαφλάζοντα κυλίνδεται αἰγιαλοῖσιν

Homer. *Iliad. lib.* 14.

> —— *ἐν δέ τε πολλὰ*
> Κύματα παφλάζοντα πολυφλοίσβοιο θαλάσσης
> Κυρτὰ φαληριόωντα πρὸ μέν τ' ἄλλ' αὐτὰρ ἐπ' ἄλλα

Ab utroque Poeta dicuntur *κύματα παφλάζοντα*, hoc est, *fluctus aexaestuantes.* Et Eustath. ad hos Homeri versus observat vim, et venustatem verbi, quod non solum fervorem demonstrat, sed etiam fragorem, et strepitum Maris agitati, quod elegantissime expressit Virgilius verbo *exæstuandi*, et noster Javolenus in *d. l. litus ff. de V. S.* qua maxime fluctus *exæstuat*: quod eleganter dictum est et non sine figura, quasi dicat: quo excurrit fluctus exæstuans, hoc est, tempestate agitatus. Et hanc esse sententiam Jurisconsulti in *d. l. litus publicum* 112. *ff. de V. S.* constat ex verbis, quæ subjiciuntur: *Idemque juris est in lacu, nisi is totus privatus est.* Lacus quosdam tempestatibus agitari, certum est. Plin. *lib.* 9. *cap.* 22. *Octobri mense, autumnali sidere, ut palam est, hiemante lacu. Autumnali sidere.*: nempe Arcturo, qui maximas excitat tempestates, ut supra diximus. At vero lacus æstu, accessuque ac recessu reciproco, sicut Mare, non moventur. Idem *lib.* 2. *cap.* 97. ubi de æstu marino: *Qua de causa nec lacus, nec amnes similiter moventur.* Quamobrem verba Javoleni non possunt referri ad æstum, sed solum ad tempestatem: qua lege maxime nostra sententia confirmatur.

CAPUT XXI.

Ad §. *si communi* 4. *Inst. tit. de injur.*

SUMMARIUM.

I. Servis injuria non fit, sed si ea atrocior sit, domino infertur, et ipsi actio injuriarum acquiritur.

II. Æstimationem injuriae servo communi factae quisque ex dominis pro dignitate sua facit: Judex vero condemnat pro portione cujusque ex dominis. Conciliatur §. si communi 4. *Inst. Tit. de Injur.* cum l. sed non esse 16. *ff. de Injur.* et n. 3. et 4.

III. Æstimatio facta ab uno ex dominis, si referatur ad æstimationem alterius, nón est pro portione dominii; si vero referetur ad ejusdem domini æstimationem, quæ facienda fuisset, si in solidum dominus fuisset, ea non est facta pro majore parte, quam pro qua dominus est.

IV. Æstimatio in *l. sed non esse* 16 *ff. de Injur.* comparatur cum æstimatione, quæ facienda esset, si esset dominus in solidum. Contra in *d.* §. si communi 4. comparatur cum æstimatione alterius domini.

V. Vox *quisque* aptissima est ad comparandum unum cum alio.

VI. Si testator instituerit filium nasciturum ex besse, et ex reliqua parte uxorem; si vero filia nasceretur, eam instituerit ex triente, et ex reliqua parte uxorem: natis filio, et filia hæreditas dividitur in septem partes, quarum una danda est filiæ, duæ uxori, quatuor vero filio. Explicatur l. si ita scriptum 13. *ff. de liber. et post.*

VII. Si testator instituerit filium, qui nascetur, ex besse, et ex reliqua parte uxorem: si vero filia nascatur, instituerit eam ex quadrante, et ex reliqua parte uxorem; natis filio et filia hereditas dividitur in decem partes, quarum una filiæ danda erit, tres uxori, et sex filio.

VIII. Regula, qua dividenda est hæreditas in casibus n. 6. 7. allatis.

1 SErvis injuriam non fieri constat; sed si quid atrocius adversus eos tentatum sit, quod in contumeliam domini redundet, ipsi domino injuriam fieri, ipsum actionem habere ad injuriam vindicandam §. *servis autem Inst. tit. de injur. l. item apud Labeonem* 15. §. *pen. ff. de injur.* Quod si servus plures dominos habeat, omnibus actio injuriarum est concedenda. *d. l. item* 15. §. *ult.* Sed quomodo sit aestimanda injuria, an pro portione, quam quisque habet in servo, an pro dignitate cujusque domini; in hoc nutant fere omnes Interpretes. Videntur enim duae leges inter se discrepare. Iustin. in §. *si communi.* 4. *Inst. tit. de injur. si communi servo injuria facta sit, aequum est, non pro ea parte qua dominus quisque est, aestimationem injuriae fieri, sed ex dominorum persona: quia ipsis fit injuria.* Contra Paulus *in l. sed non esse* 16. *ff. de injur. sed non esse aequum pro majore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait, et ideo officio Judicis portiones aestimandae sunt.*

Cum puer adhuc primis Juris praeceptis erudirer, et audirem has leges a doctissimis Viris omnino contrarias existimari; ab aliis multa fingi, aut inepta prorsus, aut a vero non parum abhorrentia; satis mirari non poteram eorum sollicitudinem, qui nodum in scirpo mihi quaerere videbantur. Et cum eo tempore mathematicis disciplinis sedulam operam darem, quibus me multum operae ac temporis impendisse non poenitet, multa ex libris Geometrarum deprompta exempla, atque demonstrationes afferre solebam, quibus ostenderem, eamdem esse divisionem a Paulo, et a Justiniano factam, eamdemque injuriae aestimationem. Sed quoniam his modo supersedendum est, ne stomachum moveam Jurisconsultis nostris, nimio plus delicatis, et has artes fastidientibus, idcirco alia via aggrediar ad has leges explicandas.

2 Quantum alii laborant, ut has leges inter se concilient, tantum ego, ut intelligam, quomodo inter se dissideant. Ait Justinianus, aestimationem injuriae factae servo communi faciendam ex persona dominorum, non pro parte, qua quisque dominus est. Ait Paulus, condemnationem non esse faciendam pro majore parte, quam pro qua quisque dominus est. Non sunt haec contraria, ne quidem si velis. AEstimatio injuriae, non est condemnatio. Injuriam aestimat, qui laesus, et injuriam passus est §. *poena Inst. tit. de injur. l. item apud.* 15. §. *itaque Praetor ff. eod.* Condemnat autem Iudex. *l. ult. C. de injur. lib.* 9. Injuriam aestimat laesus, quanti voluerit: condemnat Judex, quanti ipsi visum fuerit. §. *poena Inst. tit. de injur.* Non sunt igitur contraria haec: 'dominus aestimat injuriam pro sua dignitate, non pro parte, qua dominus est: Judex condemnat reum pro parte, pro qua dominus est. Patritius, aut Senator, qui servi pro dimidia parte dominus est, aestimat injuriam servo factam mille aureis: Judex condemnat reum in quingentos,

quia non totius servi dominus est, sed pro dimidia. Plebejus, qui dominus est alterius partis servi, injuriam aestimat centum aureis: Judex condemnat reum in quinquaginta, quia non totius, sed dimidii servi dominus est. Uterque recte aestimavit, quia cum utrique injuria facta sit, §. *si communi. in fin. Inst. h. tit.* et sua cujusque injuria propriam aestimationem habeat, *l. cum quis. in* §. *si nupta ff. de injur.* uterque in aestimanda injuria suae dignitatis debet habere rationem. *l. servo* 30. *cum l. seq ff. de injur.* Sed cum uterque aestimaverit injuriam in solidum, Judex debet aestimationem redigere ad portionem, quam quisque habet in servo, quia non est aequum, pro majore parte damnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est. *d. l. sed non esse* 16. *ff. de injur.* Et hoc in *d. l.* significat JC. cum subjicit, *et ideo officio Judicis portiones aestimandae sunt.* Nempe aestimatio, quae in solidum fieret, si Servus totus esset Senatoris, aut Plebeji, officio Judicis redigenda est ad aestimationem portionis, quam quisque habet in servo: neque enim Judex ipse re vera injuriam aestimat, sed aestimationem ab actore factam redigit ad id, quod aequum bonum ipsi videbitur. §. *poena Inst. tit. de injur.* Cum autem aequum non sit, ut pro majore parte, quam pro qua dominus est, poenam injuriae consequatur, quia nulla alia de causa eam consequitur, quam quia dominus est, et jure dominii poe-
3 nam percipit; Judex redigit aestimationem ad portionem dominii. *d. l. sed non esse ff. de injur.* Itaque ad actorem pertinet injuriam pro sua dignitate aestimare. *d.* §. *si communi.* Ad officium Judicis pertinet aestimare portiones servi, et ad eas redigere aestimationem injuriae, ab utroque actore factam. *d. l. sed non esse.* Nec video, qua ratione haec inter se pugnare dicantur.

Sed finge jam non differre aestimationem a condemnatione, aut aestimationem cum condemnatione convenire debere, nec eam in solidum aestimandam, sed pro parte: ac propterea a Senatore debere aestimari non mille aureis, sed quingentis; et a plebejo quinquaginta, non centum; ut aestimatio congruat condemnationi. Dico, nihilominus has leges non esse contrarias. Utrumque enim verum est: et injuriam aestimandam pro dignitate, non pro parte, pro qua quisque dominus est; et non esse aestimandam pro majori parte, quam pro qua dominus est. Essent haec contraria, si eodem referrentur: sed cum eodem non referantur, est utrumque verissimum. Si unius aestimatio referatur ad aestimationem alterius, non est facta aestimatio pro parte, pro qua quisque dominus est: quia non eadem est ratio aestimationis ad aestimationem, quae partis ad partem. Si vero aestimatio unius referatur ad ejusdem anstimationem, quae in solidum facienda erat, si fuisset dominus in solidum; utique aestimatio non est facta pro majore parte, quam pro qua dominus est: nam eadem est ratio aestimationis ad totam aestimationem, quae partis ad totum servum. Dicam, si potero, ut intelligant etiam illi, qui geometrae non sunt. Senator aestimat injuriam quingentis aureis, plebejus quinquaginta. Si Senator fuisset dominus totius servi, eam aestimasset mille aureis: si vero plebejus, eam aestimasset centum. Si comparetur aestimatio Senatoris cum aestimatione plebeji, profecto facta non est pro parte, pro qua quisque dominus est. Etenim Senator, et plebejus aequales partes habent in dominio servi: at vero aestimatio Senatoris non est aequalis aestimationi plebeji, sed decupla; nam quinquaginta decies repetita efficiunt quingenta: igitur non est eadem proportio aestimationum, et partium. Si vero comparetur aestimatio Senatoris ad totam injuriae aestimationem, quae Senatori deberetur, si totius servi dominus esset; certe ea facta non est pro majori parte,

quam pro qua dominus est. Etenim sicut servi dominus est pro dimidia parte, ita aestimatio ab eo facta, est dimidia totius aestimationis. Tota aestimatio esset mille aureorum; facta est autem aestimatio quingentorum. Quam rationem habent mille aurei ad quingentos, eamdem habet totus servus ad dimidium.

4 His expositis ad rem revertamur. In *l. sed non esse* 16. *ff. de injur.* Paulus non comparat inter se utriusque domini aestimationes, nam de uno tantum loquitur: itaque comparat ejus aestimationem cum aestimatione injuriae in solidum, quae ab eo facienda esset, si totius dominus esset. Quapropter verissimum est, quod ait: non esse reum condemnandum pro majori parte, quam pro qua dominus est: nempe Senatori condemnandum in quingenta, non in mille: quia quingenta sunt dimidium mille: sicut dimidium servi ejus est. Contra Justinianus in §. *si communi Instit. tit. de injur.* non de uno tantum domino loquitur, sed de utroque, et comparat inter se utriusque aestimationes. Est igitur verissimum, quod aestimationes non sunt faciendae pro parte, pro qua quisque dominus est: nam partes, quas quisque habet in servo, aequales sunt; aestimationes vero sunt valde inaequales; quoniam Senator quingenta consequitur, plebejus vero quinquaginta. Quod autem Justinianus comparet inter se utrumque dominum, et utriusque partes, et aestimationes, satis constat ex ipsius verbis. Ait enim: *Non pro ea parte, qua quisque dominus est.* Verbum illud *quisque* in ea loquendi

5 formula est aptissimum ad comparandum unum cum alio, et partem cum parte, et aestimationem cum aestimatione. Cicer. 3. *in Verr. Pro se quisque, ut in quoque erat auctoritatis plurimum, ad Populum loquebatur.* Nempe qui caeteris comparatus, illis praestabat auctoritate.

In hac explicatione non spero, me Janum futurum.

——a tergo quem nulla ciconia pinsit.

Nec manus auriculas imitatur mobilis albas.

Videor enim, mihi audire quosdam petulanti splene cachinnones eam risu, et cachinnis excipientes, quibus, ut risu rumpantur, objiciam alterius legis explicationem, ex penitissimis Arithmeticae praeceptis depromptam.

6 Julianus in *l. si ita scriptum* 13 *ff. de liber. et post.* proponit hujusmodi institutionem. Si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto: ex reliqua parte uxor mea heres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte uxor heres esto. Et si filius et filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Vir doctus imprimis, et multis libris celebris, ideo duas partes uxori dandas putat, quia duplici respectu, et quasi duplex mater consideratur, natis, et filio, et filia. Est id plane ridiculum. Constat, testatorem voluisse filium ex hereditate consequi bis tanto pluris, quam uxorem: et uxorem bis tanto pluris, quam filiam: haec enim est proportio bessis ad trientem, cum bessis trientem bis contineat. Itaque inveniendus erat numerus, qui dividi posset in tres numeros, datam rationem habentes, nempe bessis ad trientem, seu quam habeut 2. ad 1. Solet dividi hereditas in duodecim uncias, sed hic numerus non potest eo modo dividi, nec dupondium quidem aut tripondium. Quaerendus erat alius numerus nempe numerus minimus, qui datas partes haberet. Hujus numeri investigandi rationem docet Euclides *lib.* 7. *propos. ult.* si memini, eumque recte invenit Julianus. Divisa enim hereditate in septem partes, consequimur id, quod volumus: nam hic numerus continet datas partes, nec eo minor potest reperiri; quoniam componitur ex his partibus 4. 2. 1. quae inter se habent datam rationem, quaelibet enim alterius est dupla. Quamobrem quatuor partes dandae sunt filio, duae uxori, una filiae; ut fi-

lius altero tanto amplius habeat, quam uxor, et uxor altero tanto amplius, quam filia. *d. l. si ita scriptum* 13. *ff. de lib. et post.*

7 Finge aliud non dissimile testamentum. Si filius mihi natus erit, ex besse heres esto: ex reliqua parte uxor mea heres esto. Si filia nata erit, ex quadrante heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto. Natis filio, et filia, dividenda erit hereditas in decem partes, quarum fex filio, tres uxori, una filiae danda erit. An hic Vir ille doctus dicet uxorem tamquam triplicem matrem esse considerandam? Infinitae hujus generis institutiones fingi possunt. Nec difficilis erit divisio ex *d. propos. ult. lib.* 7. Eu-
8 clid. Quod si quis geometriam non calleat, id assequi poterit incipiendo ab unitate, quam filiae adsignabit; postea partem adsignabit uxori secundum proportionem, quam voluit testator: ac denique adsignabit filio: et has omnes partes colligendo intelliget, in quot partes dividenda sit hereditas.

CAPUT XXIII.

Ad l. si vero 5. §. 1. *ff. qui satisd. cog.*

SUMMARIUM.

I. Quibus casibus recusari possit Fidejussor idoneus.
II. Ut aliquis sit idoneus fidejussor, requiruntur fides, et facultates.
III. Qui paupertatis arguit eum, qui pauper non est injuriam facit ei; et qui debitorem appellat eum, qui non est.
IV. Pauperes non sunt idonei fidejussores; ideo idoneus opponitur inopi, locuples dicitur pro idoneo, et vicissim idoneus pro locuplete.
V. Est de essentia idonei fidejussoris, quod sit locuples.
VI. Inopiae argui videtur fidejussor, qui tamquam non idoneus rejicitur: ideo injuria ei fit; sed si vult injuriarum agere, probare debet, se tamquam pauperem, aut fide indignum rejectum esse.
VII. Debitori non fit injuria, si rejiciatur idoneus fidejussor. Debitor oblato idoneo fidejussore liberatur ab onere dandi fidejussoris; si satisdatio sit necessaria.
VIII. Praestatione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio.
IX. Si satisdatio sit voluntaria, debitori non fit injuria, si rejiciatur fidejussor idoneus.
X. Nemo cogi potest ad contrahendum invitus, et unicuique liberum est contrahere, quibus conditionibus vult; nam unusquisque est rei suae moderator et arbiter.
XI. Nemini injuriam facit, qui utitur jure suo.
XII. Creditor recusando fidejussorem idoneum injuriam non facit debitori, sed ipsum ducendo in jus.
Explicatur *l.* si vero 5. §. 5. *ff. qui satisd. cog.*
XIII. Creditor ex *l. duodecim Tabularum* cogere poterat debitorem in jus ire, et si recusaret, poterat violenter ducere, etiam obtorto collo, sed antequam in eum manus injiceret, debebat antestari, hoc est testem aliquem appellare, cui memoriae causa aurem tangebat.
XIV. Ratio quare Magistratus in jus vocari non possint, et ii, quibus reverentia praestanda est, sine permissu Praetoris.
XV. Praetor cavit, ut in jus vocati irent, aut satisdarent, et vetuit, ne quis in jus vocatos vi eximat. Quoties quis disjunctim hoc, aut illud facere tenetur, alterutrum faciendo liberatur.
XVI. Vox quaelibet in d. l. si vero significat gravem. Injuria tribus modis infertur; scilicet laedendo corpus, aut libertatem, aut existimationem; his autem omnibus modis injuriam facit, qui ducit in jus eum, qui dedit idoneum fidejussorem.
XVII. Explicatur d. l. si vero §. 1. ff. qui satisd. cog.

Quoniam attigimus quaedam de injuriis, antequam alio sermonem convertamus, de iis adhuc pauca quaedam delibanda. Existimant Interpretes fere omnes: eum qui rejicit fidejussorem idoneum sibi oblatum, injuriam facere tum ipsi fidejussori, quem rejicit; tum debitori, qui fidejussorem illum obtulit. Imposuit illis incautis Cajus *in l. si vero* 5. § 1. *ff. qui satisd. cog.* Verba legis haec sunt: *Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem, vel (si dubitetur) approbatum fidejussorem judicio sistendi causa non accederit; injuriarum actio adversus eum esse potest: quia sane non quaelibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det. Sed et ipse fidejussor, qui non sit acceptus, tamquam de injuria sibi facta queri poterit.* Hanc legem explicare constituimus paulo accuratius.

Ac primum disseramus de ipso fide- 1
jussore, qui rejectus est. Fit huic injuria, ut in fine hujus legis traditur a Jurisconsulto. Verissimum id est, non tamen semper. Multae sunt causae reji-

ciendi, ac reprobandi fidejussoris. Potest recusari fidejussor, si habeat fori praescriptionem. *l. si fidejussor. 7. in princ. ff. qui satisd. cogant.* Potest recusari, si non sit subjectus jurisdictioni illius Judicis, ad quem vocatus est reus. *l. 1. ff. si quis in jus. vocat.* Potest recusari, si gaudeat privilegio restitutionis, qua de causa minor probandus non est. *l. de die 8. §. qui mulierem. ff. qui satisd. cogant* juncta *l. ait Praetor §. non solum ff. de minor.* Potest denique recusari, si non facile possit conveniri. *l. 2. in princ. ff. qui satisd. cogant.* Si quis his de causis recusaverit fidejussorem, non puto ei injuriam facere. Quid enim refert fidejussoris, his de causis non admitti ad satisdationem? Non laeditur ejus existimatio, non ejus personae inuritur ulla nota, si dicatur, eum tutum esse privilegio aliquo, et, ut ita dicam, vulgo exemptum: nisi quis dicat, minui ejus libertatem. Sed adeo morosi esse non debemus. Nec impeditur cujusquam libertas in iis, quae pendent ab aliena voluntate, et id omne constitutum est, et inventum in utilitatem creditoris, non fidejussoris, qui non subit onus obligationis, si respuatur, et ideo commodum sentit.

2 Sunt alia duo, quae requiruntur, ut aliquis sit idoneus fidejussor: fides, et facultates. Fidejussor dandus est locuples pro rei qualitate. *l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Item dandus est homo fide dignus: idoneus enim non tam patrimonio, quam fide aestimatur. *l. si quis stipulatus 112. in fin. ff. de verb. oblig.* Si his de causis rejiciatur fidejussor, fit ei injuria, quia laeditur ejus existimatio. Contumelia, infamiaque afficitur fidejussor, si rejiciatur tamquam subdolus, vafer, veterator: et ideo fit ei injuria. *l. item apud 15. §. generaliter ff. de injur.*

3 *princ. tit. Instit. eod.* Si vero tamquam pauper rejiciatur, item fit ei injuria; nam et qui paupertatis arguit eum, qui pauper non est, injuriam ei facit: *l. si creditores 31. ff. de reb. aut. jud. poss.* alias *de privileg. credit.* et qui debitorem appellat eum, qui debitor non est. *l. item apud 15 §. si quis non debitorem ff. de injur.* Et aliae multae occurrunt hujus generis injuriae.

Et de hoc agi puto in nostra *l. si vero §. 1. ff. qui satisd. cogant.* Nam licet aliis quoque de causis possit rejici fidejussor, tamen eae raro occurrunt, et saepe earum ratio non habetur: haec autem duo in fidejussore potissimum requiruntur. *d. l. si quis stipulatus ff. de V. O. et l. 1. ff. in jus vocat. ut eant.* Maxima vero habetur cura facultatum, sine quibus nemo est idoneus fidejussor. Egeni enim non sunt idonei fidejussores: 4
l. 3. §. ult. ff. ut in possess. legat. l. si quo 41. in princ. ff. de petit. haeredit. et idoneus opponitur inopi, *l. patri 27. §. ex hoc ff. de minor.* et ei, qui facultatibus lapsus est. *l. quod si 8. ff. de dol. mal. l. 1. §. si Magistratus ff. de Magistr. conven. l. etiam 14. ff. de admin. tut. l. 2. §. si eo ff. de admin. rer. ad civit. pertin.* Quapropter aliquando locuples dicitur pro idoneo, ut in *l. qui rem 166. ff. de reg. jur.* juncta *l. qui proprio §. qui alium ff. de procurat.* et in *l. 2. in princ. ff. qui satisd. cog. l. quos nos 254. §. 1. ff. de V. S.* Saepissime autem idoneus significat locupletem, ut in *l. 2. §. idoneus ff. ad SC. Tertull. in l. aufertur 46. ff. de jure fisc. in l. qui sub conditione 111. ff. de cond. et demonstrant. l. si venditor 14. §. 1. ff. de in diem addict. l. 4. §. item ff. de appellat.* et passim in jure nostro; et quoties non exigitur fidejussor locuples, qualiscumque fidejussor admitti dicitur. *l. 1. ff. in jus. voc. ut eant. l. 2. § quod ait ff. qui satisd. cog.* Ex 5
quibus constat, falsam esse sententiam eorum, qui putant, pauperem esse idoneum fidejussorem, dummodo sit probatae spectataeque fidei. Nam de essentia idonei fidejussoris est, ut sit locuples pro rei qualitate, nempe ut habeat, unde

solvat id, quod in fidejussione promittit.
Neque enim alia de causa fidejussor ac-
cipitur, nisi, ut securum praestet credi-
torem; *l.* 1. *ff. qui satisd. cogant. princ.
tit. Instit. de fidejussor.* et ut possit sol-
vere, quod a principali debitore debetur,
si ille facultatibus labatur. §. *ult. Inst.
tit. de replic.* Itaque idoneus esse non
potest, si haec praestare non possit.
Quamobrem Praetor edicto suo cavit ut
locuples fidejussor daretur. *l.* 1. *ff. in jus
voc. ut eant.* Reliqua non expressit, quia
caetera omnia sunt adminicula fidejussoris
idonei: hoc unum est de substantia.

6 Cum igitur substantia idonei fidejus-
soris posita sit in facultatibus, et patri-
monio; et idoneus dicatur is, qui locu-
ples est; idcirco recte traditum est a Ca-
jo in *nostra lege*, fieri injuriam fidejus-
sori, qui recusatur: videtur enim inopiae
argui, qui rejicitur, tamquam non ido-
neus. Et de hoc agi *in d. l.* constat ex
primis verbis: *qui pro rei qualitate evi-
dentissime locupletem, vel (si dubite-
tur) approbatum, etc.* Coeterum si alia
de causa rejiciatur, ut supra diximus,
nulla erit actio injuriarum adversus re-
jicientem: itaque fidejussor, qui vult age-
re injuriarum, probare debet, se aut
tamquam pauperem, aut tamquam fide
indignum, rejectum fuisse.

7 Hactenus de fidejussore: modo dicen-
dum est de debitore. Huic vero nullam
injuriam fieri contendo. Nam aut satis-
datio necessaria est, aut voluntaria. Si
necessaria, tenetur debitor solummodo
dare idoneum fidejussorem, quo oblato
liberatur ab onere dandi fidejussoris: sa-
tisfecit enim suae obligationi: *l.* 3. *ff.
de fidejuss. l.* 3. §. *ult. ff. ut in poss.*
8 *legat.* Praestatione enim ejus, quod de-
betur, omnis tollitur obligatio. *princ. tit.
Inst. quib. mod. toll. oblig.* Itaque nul-
la ei fit injuria, cum perinde liberetur,
ac si fidejussor acceptus fuisset; nec co-
gi possit ad alium dandum.

9 Si vero satisdatio sit voluntaria, cu-
jusmodi ea est, quae exigi solet in con-
trahendo, non facit injuriam, qui respuit
fidejussorem; quia potest dicere: Tecum
non contraham, nisi alium fidejussorem
dederis, aut nisi dederis hunc vel illum
fidejussorem, neque cogi potest ad con-
trahendum invitus. *l. nec onere C. de
jure delib. l. invitum C. de contrah.
empt.* Et unicuique liberum est contra- 10
here illis conditionibus, quibus voluerit;
l. Imperatores ff. de contr. empt. cum
unusquique sit rei suae moderator, et ar-
biter. *l. in re mandata C. mandat.* Ita-
que utitur jure suo, qui recusat cum
aliquo contrahere, nisi alius fidejussor of-
feratur: nemini autem facit injuriam, qui
jure suo utitur. *l. injuriarum* 13 §. 1. *et* 11
§. *quae jure potestatis. l. quod Reipu-
blicae* 33. *ff. de injur. l. et in omnibus
C. de appellat. l. continet* 3. §. 1. *ff. quod
met. caus. l. Gracchus* 4. *C. ad leg.
jul. de adulter.* Quamobrem ab aliis In-
terpretibus recte dissentit Hering. *de fi-
dejuss. cap.* 6. et ait id, quod traditur
in d. l. si vero §. 1. *ff. qui satisd. co-
gant.* speciale esse in satisdatione judicio
sistendi: sed quia meo judicio rem non
satis explicat, idcirco id uberius, et cla-
rius explicabo.

Dico igitur, quod nec in aliis satisda- 12
tionibus, nec in ipsa satisdatione judicio
sistendi fit injuria debitori, recusando fi-
dejussorem idoneum. Fit quidem injuria
debitori, in *nostra l. si vero* §. 1. *ff. qui
satisd. cogant.* non tamen fit recusando
fidejussorem idoneum oblatum a debito-
re; sed ducendo in jus ipsum debitorem.
Satis evidenter id demonstrant verba le-
gis: *Quia sane non quaelibet injuria
est duci in jus eum, qui satis idoneum
fidejussorem det.* Duo sunt facta sepa-
rata, atque sejuncta: recusatio fidejusso-
ris, et ductio in judicium. Factum re-
cusandi fidejussoris injuria afficit ipsum
fidejussorem, non vero debitorem, ut
supra ostendimus. Factum ducendi in
jus afficit injuria ipsum debitorem. Ita-
que si creditor recusaverit fidejusso-
rem, et non duxerit in jus debitorem,

nullam ei injuriam faciet. Contra si non recusaverit fidejussorem, nihilominus eum in jus duxerit, ei injuriam faciet, et quidem multo majorem. Hinc constat, quod, etsi verissimum sit, quod lex specialiter est intelligenda, quando tum ipsa, tum ejus ratio specialis est; tamen hoc solo fundamento inniti non debemus, quod etsi convelli posset, tamen subsisteret nostra sententia. Nam superiora verba legis non tam continent rationem, cur injuria fiat, quam demonstrant factum, unde injuria oriatur. Quapropter sublato illo facto, injuria quoque omnis auferatur, necesse est.

Superest igitur, ut explicemus, cur injuria debitor afficiatur, si in jus ducatur, cum idoneum obtulerit fidejussorem. Sciendum autem est, quod olim creditor debitorem in jus vocabat, et cogebatur debitor statim in jus ire. Cornific. *ad Heren. Lege jus est id, quod Populi Jussu sancitum est, quod genus, ut in jus eas, cum voceris.* Cic. *lib. 2. de legib. A parvis enim, Quinte, didicimus, si in jus vocet, atque eat, et ejusmodi alias leges nominare.* Ejusmodi erat lex duodecim Tabularum: *Si in jus vocet, atque eat:* hoc est, *si*
13 *in jus vocet, statim eat.* Si debitor frustraretur, aut fugeret, poterat creditor in eum violentas manus injicere, eumque vi ducere, trahere, rapere in jus, etiam obtorto collo, si reluctaretur. Constitutum id erat lege XII. Tabularum: *Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito,* hoc est, *si frustratur, aut refugit, manum injicito.* Quare nihil frequentius occurrit apud Comicos illis verbis: *in jus eas: in jus ambula: sequere ad tribunal.* Plin. in *Panegyr. ad Trajan. Dicitur Procuratori tuo: in jus veni: sequere ad Tribunal.* Plaut. in *Aulul. Jam quidem ad Praetorem hercle te rapiam, et tibi scribam dicam.* Et in *Paenul.*

Sed quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,
Priusquam obtorto collo ad Praetorem trahor?

Et in *Rudent.*

—— obsecro te, subveni mi Charmides, Rapior obtorto collo. ——

Verum ne injuriam facere videretur debitori, antequam in eum manus injiceret, a lege XII. Tab. jubebatur antestari, hoc est, testem aliquem appellare, cui memoriae causa aurem tangebat. Plin. *l. 11. Cap. 45. Est in aure ima memoriae locus, quem tangentes antestantur.* Plaut. in *Persia; Sed ego in jus voco. D. nonne antestaris? S. tuane ego causa, carnifex, cuiquam mortali libero aures atteram.* Horat. *Satyr.* 9

——— casu venit obvius illi
Adversarius; et, quo tu turpissime? magna
Exclamat voce: et, licet antestari? ego vero
Oppono auriculam; rapit in jus. ——

Hinc intelligimus, cur vim inferre vi- 14
deatur, qui aliquem de domo sua in jus vocat; *l. plerique ff. de in jus voc.* et cur vocari non possint in jus illi, quibus reverentia praestanda est, sine permissu Praetoris; *l. generaliter ff. eod.* itemque prohibeantur in jus vocari Magistratus, qui imperium habent. *l. 2. ff. eod.* quod explicat Gell. *lib. 13. cap. 13. Neque vocari, neque si venire nollet, capi, atque prehendi salva ipsius Magistratus majestate posset.*

Praetor autem ut hoc jus mitigaret, 15
edicto suo cavit, ut in jus vocati irent, aut satis, vel cautum darent, de quo *in tit. ff. in jus voc. ut eant, aut satis vel caut. dent.* Non vetuit Praetor rapi in jus eum, qui vocabatur. Imo aliud edictum proposuit, quo metu poenae compesceret eos, qui in jus vocatos vi eriperent: *l. 1. in princ. ff. ne quis eum qui in jus vocat. vi eximat.* eripere est de manibus auferre per raptum. *l. sed eximendi 4. ff. eod.* quare si punit eos, qui eximunt, aut auferunt in jus vocatos de manibus vocantis, utique permit-

tit manus injicere in eos, qui in jus vocantur. Hoc tantum coucessit Praetor in jus vocatis, ut si nollent rapi in jus, et in jus statim ire, satisdarent, et satisdatione ab hac molestia eundi in jus in praesens liberarentur. Igitur, qui idonee cavere paratus est, in jus duci non potest: quoties enim aliquis disjunctim hoc aut illud facere, et praestare tenetur, alterutrum faciendo liberatur. §. *si plures Inst. tit. de hered. instit. l. si Titio* 16. *ff. de legat.* 2. *l. si quis ita* 129. *ff. de V. O. l. si unus* 27. §. *sed. si stipulatus ff. de pact. l. stipulatus sum, Damam.* 105. *l. ubi autem* §. *qui illud l. eum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de verb. oblig. l. et per jusjurandum* §. *si is qui hominem ff. de acceptil.*

16 En ratio nostrae legis. Qui ducit in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem dedit, facit ei injuriam, quia eum in jus ducere non potest. Olim si antestatus fuisset, non faciebat ei injuriam, quia id lege permittente faciebat, et jure publico utebatur. *l. injuriam* §. 1. *ff. de injur.* hodie ex edicto Praetoris injuriam facit, si satisdare paratus est, quia per vim reum ducit eò, quò duci non potest. Et quidem non quamlibet injuriam facit, ut ait ibi Jurisconsultus: hoc est, non modicam, sed insignem, et gravem, *l. fluminum* 24. §. *idem ait ff. de damn. infect.* Plin. *lib.* 7. *cap.* 28. *Bis. ab Annibale captus, neque enim cum quolibet hoste res fuit.* Gravis autem, et insignis injuria est, quia plures injuriae in unam cumulantur. Infertur in aliquem injuria tribus modis, laedendo aut ejus corpus, aut ejus libertatem, aut ejus existimationem: hisque omnibus modis injuriam facit, qui in jus ducit eum, quem ducere non potest. Laedit ejus corpus, quia in ipsum injicit manus violentas. *l.* 1. §. *injuriam ff. de injur.* Laedit ejus libertatem, quia eò ire cogit, quò non vult, et quò cogi jure non potest. *l. injuriarum* §. *ult. ff. eod. tit.* Laedit denique ejus existimationem, quia dat occasionem Populo existimandi, cum esse adeo pauperem ac deploratae fidei, ut non possit reperire idoneum fidejussorem. Similes injuriae proponuntur in *l. item apud Labeonem* 15. §. *item si quis* 32. *et* §. *seq. l. si creditor* 19. *et l. si injuriae* 20. *ff. de injur.* §. 1. *Instit. eod. tit. l. si creditores* 31. *ff. de reb. aut. Jud. possid.* alias: *de privil. credit.* Praeterea laeditur ejus existimatio, quia hoc non fit sine contumelia et clamore, et vociferatione populi concurrentis. Horat. *Sat.* 9.

— *Rapit in jus, clamor utrinque,*
Undique concursus —

Quae injuria speciali Praetoris animadversione digna fuit: *l. item apud* 15. §. *ait Praetor.* juncto §. *convicium autem et* §. *fecisse ff. de injur.* ac proinde non 17
levis injuria est, sed notabilis. *d. l. item apud* §. *hoc edictum.*

Non est igitur dubitandum, injuriam fieri debitori, ducendo eum in jus, non respuendo fidejussores. Quapropter caute Cajus in nostra *l. si vero* non absolute dixit injuriarum teneri, qui non accipit idoneos fidejussores judicio sistendi causa datos, sed dixit: *adversus eum injuriarum actio esse potest.* Potest esse actio injuriarum: videlicet, si eum nihilominus in jus duxerit. Si autem non duxerit in jus, nulla erit actio injuriarum. Ideo verbis illis subjecit Jurisconsultus; *quia non quaelibet,* etc. ut ostenderet, quando sit actio injuriarum.

CAPUT XXIII.

Ad l. vulgaris 21. *ff. de furt.*

SUMMARIUM.

I. Gallinarum, et columbarum furtum fit.
II. Explicatur. §. *Gallinarum Inst. tit. de Rerdivis.*
III. Explicatur d. §. *Gallinarum* et Pomponius *l.* 8. §. 1. *ff. fam. erc.*
IV. Explicatur Auth. *seu* Nov. *ut omnes obediant* 69. Cap. 1. et n. 6.
V. Pretium Columbarum, Gallinarum, et Turdorum

quantum antiquitus esset. Gallinae altiles legibus sumptuariis interdictae erant.

VI. Verba; *parvum*, *exiguum*, *modicum*, relativa sunt; ideo Gallina est quid minimum, ut quis cogatur ire in aliam Provinciam ad eam persequendam; et furtum, de quo agitur in *l.* 3. §. *idem rescripsit ff. de Bon. eor. qui ant. sent.* licet modicum dicatur, in aliis casibus modicum non est, Explicatur *d. l.* 3.

VII. Exempla furtorum rei minimae referuntur. inter quae recensetur furtum Aquae. Explicatur *l. Vulgaris* 21. *ff. de Furtis et n. seqq.*

VIII. Nummus pro re minima ponitur; cum decem nummi viginti quinque Asses continerent seu viginti caratia nostrae monetae.

IX. Modius pro re minima ponitur, et quam tum frumenti contineret. Explicatur *l. quidam* 7. §. *ult. ff. de Trit. Vin. et Ol. leg.*

X. Pretium, quo venibat antiquitus modius frumenti. Frumentum ab Ædilibus plebi distribuebatur quatuor assibus in modios, saepe etiam duobus, ac non semel assibus: postea lege Clodii gratis dari coepit. Molae aqua versatiles non erant apud Romanos, sed aut manu servorum, aut jumentis agitabantur. Medimnus sex modios continet.

XI. Sextarium frumenti de nave onerata auferens furtum facit sextarii. Modius sextarios sexdecim continebat.

XII. Amphora continebat urnae duas, sextarios quadraginta octo. Furtum sextarii vini proponitur, et quo pretio veniret.

XIII. Quadragenae urnae vini venibant nummis trecentis.

XIV. Si quis è cisterna Aquae sextarium abstulerit, furtum committit.

XV. In quibusdam Regionibus aqua venundatur.

XVI. Furtum rei minimae fiebat etiam apud Graecos.

XVII. Solonis leges etiam fimi fures puniebant; unde adagium *βολίτου δίκη fimi judicium.*

XVIII. Draconis leges etiam pomi, aut lactucae furem capite puniebant.

XIX. Militibus apud Romanos rei minimae furtum permittebatur, dummo nummum argenteum excederet.

XX. Pro re minima furti actio datur.

Subjiciamus aliquid de furtis. Rei minimae furtum fieri fatentur fere omnes Interpretes, sed meo judicio omittunt ea argumenta, quibus id perspicue potest demonstrari. Probant hanc sententiam §. *Gallinarum Inst. tit. de rer. divis. et*
1 *acquir. ear. dom.* ubi gallinarum fit furtum; gallinam aut esse quid exiguum, tradit Justinianus Legislator noster *in Nov. ut omnes obediant.* 69. *cap.* 1. Item afferunt textum in *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. fam. ercisc.* ubi columbarum furtum fit.

2 Sed eludi facile potest vis horum argumentorum. Primum in §. *gallinarum* non quaeritur de quantitate rei, cujus furtum fieri potest; sed de natura gallinarum, an sint mansuetae, vel mansuefactae, vel ferae, et ejusmodi, ut occupanti concedantur, an vero ejusmodi, ut earum furtum fiat. Ait Justinianus, natura sua ejusmodi esse, ut earum furtum fiat. Inde autem non consequitur fieri furtum rei minimae. Ea est natura gallinarum, ut earum furtum fiat, dumne id impediat quantitas rei surreptae. Ut enim ajunt in scholis, supponendi sunt semper termini habiles. Si gallina sit adeo modicae aestimationis, ut ejus furtum non fiat, furtum quidem non committetur; non tamen quia furto repugnet natura gallinae, sed quia repugnat modica quantitas: non quia gallina concedatur occupanti, sed quia tanti non est, ut furtum admittat.

Praeterea miror, et hunc §. *et d. l.* 3
8. adduci ad hoc probandum. Etenim non unius gallinae, aut columbae furtum fieri dicitur, sed gallinarum, et columbarum; nempe tot, quot sufficiant ad constituendam rem non minimam.

Ad *auth. ut omnes*, etc. idem res- 4
ponderi posset, in ea supponi furtum gallinae domesticae, dummodo ea tanti fuerit, ut rem minimam excedat: non enim sancitur gallinae furtum fieri, ut inde possimus arguere fieri furtum cujuscumque gallinae, sed obiter gallinae furtum nominatur, tamquam furtum rei exiguae, non minimae.

His addo gallinarum, et columbarum 5
eum olim fuisse valorem, ut non semper minima res sint judicandae. Pl. *lib.* 10. *cap.* 37. *L. Axius Eques Romanus ante bellum civile Pompejanum denariis quadringentis singula paria* (columbarum) *venditavit, ut M. Varro tradit.* Sunt quadraginta nostrorum scutorum. Varro de pullis earum *lib.* 3. *c.* 7. *Romae si sunt formosi, bono colore, integri, boni seminis, paria singula vulgo veneunt ducenis nummis: nec non eximia singulis millibus nummum, quas*

nuper cum mercator tanti emere vellet a L. Axio Equite Romano, minoris quadringentis denariis daturum negavit. Non mirum igitur, etiam columbarum furtum factum fuisse, cum vulgo venirent singula paria decem, aut viginti quinque scutis nostri temporis. Gallinarum quoque non modicum fuisse pretium existimo, maxime altilium, quae legibus sumptuariis interdictae erant. Plin. *lib.* 10. *cap.* 50. *Hoc primum antiquis coenarum interdictis exceptum invenio, jam lege C. Fannii Cos.* XI. *annis ante tertium Punicum bellum, ne quid volucrum poneretur praeter unam gallinam, quae non esset altilis, quod deinde caput translatum per omnes leges ambulavit. Inventumque diverticulum est in fraudem earum gallinaceos quoque pascendi lacte madidis cibis: multo ita gratiores approbantur.* Ecquis dubitet de his? cum denariis ternis turdi venderentur, ut testatur Varro *de. Re Rustica*, cujus verba non pigebit apponere, ut intelligant Nostri valorem avium apud Romanos: *Certe, inquit Merula, ibi vidi greges magnos Anserum, Gallinarum, Columbarum, Gruum, Pavonum, nec non Glirium, Piscium, Aprorum, caeteraque venationis, ex quibus rebus Scriba librarius ejus in annos singulos plus quinquaginta millium a Villa capere dicebat. Axio admirante: Certe nosti, inquit, Materterae meae fundum in Sabinis, qui est ad vicesimum quartum lapidem via Salaria, a Roma. Quid ni? inquit. Atqui in hac Villa qui est ornithon, ex eo uno quinque millia scio venisse Turdorum denariis ternis. Sexaginta millia ea pars reddiderit eo anno Villae, bis tantum, quam tuus fundus ducentorum jugerum Reate reddit. Quid sexaginta, inquit Axius? Sexaginta, sexaginta, derides? Sexaginta, inquam. Sed ut ad huno bolum pervenias, opus erit tibi, aut Epulum, aut Triumphus alicujus, ut tunc fuit Scipionis Metelli, aut Collegiorum coenae, quae nunc innumerabiles excandefaciunt annonam macelli. Reliquis annis omnibus et hanc expectabis summam: quotus enim quisque est annus, quo non videas Epulum, aut Triumphum, aut Collegia coepulari, quae nunc innumerabiles intendunt annonam.* Plura non exscribo sed videnda sunt caetera.

6 Nec obstat *text. in d. Nov. ut omnes* 69. *cap.* 1. ubi gallina domestica exiguum quid dicitur. Verba, *parvum, exiguum, modicum*, referuntur ad id, de quo agitur. In hac *Novella* sancit Justinianus neminem in aliam Provinciam ire cogi, ut conveniat debitorem suum, sed posse eum in ea Provincia conveniri, in qua deliquit. Certe gallina, non solum quid exiguum est, sed minimum, ut hac de causa quis cogatur in aliam Provinciam ire ad eam persequendam. Quia in aliam Provinciam iret, ut tam tenuem mercedem acciperet? Quare inter furta rei minimae non recenseo furtum, de quo *in l.* 3. §. *idem rescripsit ff. de bon. eor. qui ante sent.* licet ibi reus modici furti nominetur. Nam cum ibi agatur de eo furto, propter quod reus esset condemnandus morte, vel deportatione, et bona ejus fisco essent vindicanda, omnia furta modica sunt, propter quae ejusmodi poena non irrogatur.

7 Exempla igitur furti minimae rei petenda sunt ex *l. vulgaris* 21. *ff. de furt.* Quam nostri aut omittunt, aut strictim attingunt, cum tamen hoc fere fundamento innitatur haec sententia. Quapropter eam copiose explicare constituimus. Quatuor ibi referuntur exempla furtorum rei minimae. Furtum facit, et furti se obstringit, tum qui aufert decem nummos: tum qui modium frumenti: tum qui sextarium: tum denique qui aquam. Et ne quid possit incidere dubitationis, proponitur frumentum ablatum de nave onerata, aut de horreo pleno, et aqua de cisterna.

8 Furtum decem nummorum satis modicum est. Decem nummi sunt viginti

quinque asses, seu viginti caratia nostrae monetae. Nummus pro re nihili ponitur in *l. si quis* 46. *ff. locat.* Cicer. *pro Q. Rosc. Comaed. Hic tu si amplius sestertio nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti.* Et *ad Attic. lib.* 5. *epist.* 21. *Rationes conferatis; assidunt: subducunt: ad nummum convenit.* Catullus autem, ut rem minima minorem significaret, *assem* dixit:

Rumoresque senum severiorum
Omnes unius aestimemus assis.

Et Martial.

9 *Asse duos calices emit, et ipse tulit.*

Alterum est furtum ejus, qui ex acervo frumenti modium sustulit. *d. l. vulgaris* 21. *in princ.* Modiis triticum admetiebantur, et hac mensura vendi, promitti, legari solebat. *l. quod saepe* §. *in his. ff. de contr. empt. l. quod legatur ff. de judic. l. colonus* 61. §. *navem ff. locat. l. ubi autem* 75. §. 1. *ff. de verb. oblig. l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejus.* et alibi passim. Quantum penderet haec mensura, tradit accurate Plin. *lib.* 18. *cap.* 7. *Ex his generibus, quae Romam invehuntur, levissimum est Gallicum, atque e Chersoneso advectum, quippe non excedunt in modium vicenas libras, si quis granum ipsum ponderet. Adjicit Sardum selibras, Alexandrium et trientes: hoc et Siculi pondus. Boeoticum totam libram addit: Africum et dodrantes. In Transpadana Italiae scio vicenas quinas libras farris modios pendere circa Clusium; et Senum.* Modius igitur frumenti vicenas libras pendet, aut non multo plus. Quam modica res est! Hinc explicatur. *l. quidam* 7. §. *ult. ff. de vin. trit. et ol. leg. Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato. Ofilius nihil legatum esse, quod et Labeo probat, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset, quod verum puto.* Recte: nusquam enim nascitur triticum tanti ponderis.

10 Atque ut appareat, quam modica res sit frumenti modius, dicendum est aliquid de ejus pretio. Pretium certum statui non potest. Varium enim et pro fertilitate Regionis, et pro annonae vilitate. Polyb. *lib.* 2. ubi de Gallia Cisalpina: *Σίτου τε γὰρ τοσαύτην ἀφθονίαν ὑπάρχειν συμβαίνει κατὰ τοὺς τόπους, ὥστ' ἐν τοῖς καθ' ἡμᾶς καιροῖς πολλάκις τεττάρων ὀβολῶν εἶναι τῶν πυρῶν τὸν Σικελικὸν μέδιμνον, τῶν δὲ κριθῶν δυοῖν.* *Frumenti enim ea copia est in iis locis, ut persaepe nostris temporibus tritici medimnus Siculus veneat quatuor obolis, hordei vero duobus.* Medimnus sex modios continet. Itaque ibi frumenti modius non multo plus asse venibat. Hui rem minimam! Ex oratione Demosthenis *in Phormion.* constat, ejus aevo medimnum frumenti quinque drachmis Athenis aestimatum fuisse, itaque paucis assibus modius aestimabatur. Quid in Sicilia? Cicer. in *Divin. in Q. Caecil. Queritur Sicilia tota, C. Verrem ab aratoribus, cum frumentum sibi in cellam imperavisset, et cum esset tritici modius sestertiis duobus, pro frumento in modios singulos duodenos sestertios exegisse.* Idem 3. *in Verr. Fuit autem te Praetore, ut tu in multis epistolis gloriaris, sestertiis duobus.* Et infra: *Hoc reprehendo, quod cum in Sicilia sestertiis duobus tritici modius esset, ut istius epistola ad te missa declarat: summum sestertiis ternis scio eo anno magnam fuisse annonae vilitatem.* Sed quam minima res est duo, aut tres sestertii: hoc est, duo, aut tres nummi? Romae quoque satis tenue frumenti pretium fuisse existimo: nam cum olim ab AEdilibus plebi frumentum distribueretur quatuor assibus in modios, saepe etiam duobus, ac non semel etiam assibus, postea vero lege Clodii gratis dari coeperit, non poterat immodicum esse ejus pretium. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro auctor est, cum L. Metellus in triumpho plurimos duxit Elephantes, assibus singulis farris modios fuisse.* Tacit. *lib.* 15. *Annal.* de Nero-

ne: *Subvectaque utensilia ab Hostia, et propinquis Municipiis, pretiumque frumenti minutum usque ad ternos nummos.* Plin. *lib.* 18. *cap.* 10. *Panes vero è modio similaginis* 122. *è floris modio* 117. *Pretium huic annona media in modios farinae quadraginta asses.* Antea dixerat: *Similago ex tritico fit: laudatissima ex Africo: justum est e modiis redire semodios, et pollinis sextarios quinque: ita autem appellant in tritico, quod florem in filigine.* Si ex modio frumenti semodius similaginis redit, summa redigetur ad viginti asses. Quod si subducamus operam farinae in cerniculo decutiendae, et impensam tritici in farinam molendi, pretium frumenti ad summam multo minorem redigemus. Neque enim puto, hos sumptus compensari posse cum ea parte, quae superat secreta similagine. Etenim sumptum tritici molendi non modicum fuisse existimo, cum illi non uterentur molis aqua versatilibus, sed aut trusatiles essent molae, manu servorum agitatae, aut jumentariae, et asinariae, jumentorum labore circumactae, ut satis notum est, et docemur in *l. dolia* 26. §. 1. *ff. de instr. vel instrum. leg.* Certe Martialis *lib.* 12. *epig.* 77. summam adeo minuit, ut fere ad nihilum redigat:

Amphora vigessis, modius datur aere quaterno.

Vides hic quatuor assibus tritici modium aestimari. Pone triticum infimae notae, pone summam annonae vilitatem, vix tamen ad hanc summam descendes: nisi forte non de Roma, sed de alia Regione id est intelligendum. Nam Columella *lib.* 2. minimum pretium amphorae vini esse ait quindecim nummorum, hoc est triginta septem assium cum semisse; hoc autem loco Martialis amphoram viginti assibus dari. Itaque aut de insolita ubertate anni loquitur; aut de alia Regione; aut poëtice pretium minuit.

11 Sed jam ad tertium furtum progrediamur. Hoc vero minimo minus est. In *d. l. vulgaris* §. *Sed si de navi ff. de furt.* traditur eum, qui sextarium frumenti de navi onerata sustulerit, furtum sextarii facere, non totius frumenti: modius sextarios sexdecim continebat, ut nos docet Volusius Maecianus in libro *de ponder.* et satis constat inter Eruditos. Divide jam in sexdecim partes pretium, quod modio frumenti tribuimus, quantula erit summula? Piget me rationem subducere: sed ut summum frumenti pretium statuas, vix tamen ad duos asses pervenies. Proponitur in eodem §. furtum ejus, qui vini sextarium abstulit. 12
Sextarius enim, et aridorum, et liquidorum mensura communis est. Pretium ejus hoc modo assequemur. Amphora continebat urnas duas, sextarios quadraginta octo, ut docet Volus. Maecian. Amphorae saepe fit mentio in Jure nostro, ut *in l.* 3. §. 1. *ff. de vin. trit. et ol. leg.* in *l. quod saepe* §. *in his ff. de contr. empt. l.* 2. *C. de peric. et com. rei vend. l. quarumdam ff. de acquir. posses. l. inter stipulantem* §. *sacram ff. de V. O. l. ult.* §. *ult. ff. ad leg. Rhod l. Vinaria* 206. *ff. de V. S. et passim in tit. ff. de trit. vin. et ol. leg.* Quare urna continet sextarios 24. et quadragenae urnae continent sextarios 13
960. Traditum est a Columella *l.* 3. quadragenas urnas, cum minimum est annonae pretium, venire nummis trecentis; hoc est assibus 750. Igitur sextarii 960. veneunt assibus 750. Asses 750. sunt quadrantes 3000. Igitur sextarius vini subducta ratione tribus quadrantibus aestimatur. En furtum, quo vix minus potest excogitari.

Sed est adhuc furtum quoddam minus. Nam et, si quis ex cisterna aquae sextarium abstulerit, furtum faciet. *d.* §. *sed si de navi.* Nihil vilius aqua: solet ea concedi sine ullo pretio etiam illis, qui nobis noti non sunt. Argute, ut solet, Plaut. in *Aulul.* 14

Tum aquam aufugisse dicito, si quis petet.

Et infra:

Aquam hercle plorat, cum lavat, profundere.

M. Tull. *lib.* 2. *de offic.* ut rem incredibilem dicat: *At ii, qui ab hostibus obsidentur, si emere aquae sextarium mina cogerentur, hoc primo incredibi-*
15 *le videri, omnesque mirari.* Non ignoro, quasdam esse Regiones, ubi aqua emitur. Ulpian. in *l.* 1. *ff. de alim. legat. Si alimenta fuerint legata, dici potest etiam aquam legato inesse. si in ea Regione fuerint legata, ubi venumdari aqua solet.* Et in *l. Mela* §. *ult. ff. eod. Quidam libertis suis; ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, cum in ea Regione Africae vel forte Ægypti, res agi proponebatur, ubi aqua venalis est.* Sed cum vini sextarium tribus quadrantibus aestimaverimus, quanti erit aestimandus aquae sextarius? Quid si hoc intelligamus de ea Regione, ubi aqua non emitur? Elegans est hac de re Martialis Epigramma 47. *lib.* 6.

Exsolvit votis hac se tibi virgine porca.
Marcus, furtivam qui bibit aeger aquam.
Tu contenta meo jam crimine gaudia fontis.
Da secura tui: sit mihi sana sitis.

16 Videor, mihi satis perspicue probasse, etiam rei minimae furtum fieri. Neque hoc minum cuiquam videatur, cum et apud Graecos, quorum leges, et instituta Romani sunt imitati, rei minimae furtum fieret. Liban. in paradigmate loci communis in proditorem: τὰς ἐπὶ πέντε
17 δραχμαῖς ἁλόντας κολάζετε. *Convictos furti quinque drachmarum punitis.* Solonis enim leges etiam fimi fures puniebant: unde apud Graecos usurpatum est adagii loco βολίτου δίκη, *fimi judicium*, in eos dictum; qui rei minimae judicium, ac paenam sustinent; ut traditum est a Scholiaste *Aristophanis in Equit. et* a Suida, et in Vaticana appendice *centur.* 1. *Prover.* 24. Draconis autem leges etiam 18
pomi, aut lactucae furem capite puniebant, ut sciunt omnes Plutarch. *in vita Solonis*, et Gell. *lib.* 11. *cap.* 18.

Hoc tantum monendum superest, quod 19
quamvis apud Romanos severissima esset disciplina militaris; tamen rei minimae furtum militibus permittebatur, dumme excederet nummum argenteum. Gell. *lib.* 16. *cap.* 4. *Cum delectus antiquitus fieret, et milites scriberentur, in jusjurandum eos Tribunus Militaris adigebat in verba haec. In Magistratu C. Laelii C. filii Cos. L. Cornelii. P. filii, Cos. in exercitu, decemque millia passuum prope, furtum non facies dolo malo solus, neque cum pluribus, pluris nummi argentei in dies singulos.* Puto id constitutum propter atrocitatem poenae, quae his irrogabatur. Polyb ξυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου, *Fuste percutitur et is qui furto aliquid è Castris abstulit.* Svet. *in Tiber. cap.* 60. *Is militem praetorianum ob surreptum e viridario pavonem capite punivit.* Et Spartianus testatur, Pescennium Nigrum ob unius galinacei direptionem decem commanipulones, qui raptum ab uno commederant, securi percuti jussisse.

Illud ad explicationem nostrae legis subjiciendum est: quod harum rerum minimarum non solum furtum fit; sed etiam furti tenetur, qui abstulit. In no- 20
stra *l. in princ.* ibi *in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerint.* et in §. 1. *teneri furti, decem nomine placet.* Et in hac lege passim agitur de actione furti: Et promiscue dicitur *furtum fieri, et furti actionem esse*: ut in *princ. legis.* et in §. *item si quis* et in §. *si duo.*

CAPUT XXIV.

Ad l. si ita fidejussorem 42. *ff. de fidejussor.*

SUMMARIUM.

I. Fidejussor in majorem summam accipi non potest.
II. Modius frumenti in summa annonae caritate quindecim sestertiis in Sicilia aestimatus fuit.
III. Fidejussor in minorem summam, ut in leviorem caussam accipi potest.
IV. Quoties nominantur *decem centum*, solet significari *decem millia HS*, *centum millia* et proinde efferri solent neutro genere.
V. Quando summam aliquam aureorum significare volunt Jurisconsulti, exprimunt aureos, aut solidos.
VI. Fidejussor in aliam obligationem accipi non potest, et quando in aliam obligationem accipi dicatur?
VII. Centenajus libertus quis dicatur, et an Tribonianus in hac re deceptus sit? aureus continet centum sestertios.
VIII. Emendatur *l. Maevia* 48. *ff. sol. matrim.* sestertium continet mille sestertios.
IX. Emendatur *l. Pater* 38 §. *Fideicommissis ff. de legat* 3. Scaevola floruit sub M. Antonino, Paulus sub Alexandro, et Scaevola Praeceptore utebatur in Jure respondendo. Aureus quando solidi nomen acceperit et n. 20. Tremisses cudi jussit Alexander, qui tertiam partem aurei continebant.
X. Aurei appellati sunt solidi etiam ante Alexandrum, quod multis exemplis probatur.
XI. Emendatur *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. *et l. Tantum* 88. *ff. de V. S.* Veteres utebantur adverbiis numeralibus, et subintelligebatur *centena millia*, adeo ut *decies sestertium* significaret decies centena millia sestertium, et bis adverbiis tamquam nominibus utebantur.
XII. Ostenditur, quod adverbium illud *centies in d. l. Ofidius*, *et d. l. Tantum* non potest significare centum aureos, nec centies centena millia aureorum.
XIII. Emendatur *l. Cum heres* 4. §. 1. *ff. de statulib.*, et explicatur et n. 14.
XIV. Latinus libertus fiebat olim, qui manumittebatur pendente conditione, sub qua ei jam data erat libertas, non autem Civis Romanus fiebat. Explicatur *l. Ultima ff. de Manum. testam.*
XV. Deportati quia Civitatem amittunt, dicuntur libertatem amittere. Explicatur l. *Cognitionum* 3. §. *ult. ff. de extraord. Cognit.*

Quae de frumenti pretio disputavimus, nobis facem praeferunt interpretationi *l si ita* 42. *ff. de fidejuss. Si ita fidejussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest: quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest; ita pecunia quoque merce aestimanda est.* AEstimantur in hac lege mille modii frumenti decem. Non tamen adjicitur, an sint decem aurei, an vero decem sestertia, hoc est decem millia sestertium. Si decem aureis aestimentur mille modii frumenti, singulorum valor erit unius nummi: si vero decem millibus HS. erit decem nummorum.

Existimo in hac lege eum, qui fide- 1
jussorem accipit, decem millia credidisse: non decem aureos: primum, quia fidejussor in majorem summam accipi non potest §. *fidejussores Inst. tit. de fidejuss. l. Graece* 8. §. *illud ff. et l. hi qui* 34. *ff. de fidejussor.* Itaque maxime verendum esset, ne fidejussor acceptus esset in duriorem caussam, si frumentum tam modico pretio fuisset aestimatum. Pluris enim Romae fuisse supra demonstravimus. Et tamen Jurisconsultus in hac lege de re non curat. Decem autem nummi in singulos modios videntur con-
venire justae aestimationi, cum in sum- 2
ma annonae caritate quindecim sestertiis in Sicilia aestimatum fuisse testetur Ci-
cero 3. *in Verr.* praesertim quia nihil 3
impedit, fidejussorem in minorem summam, et in leviorem caussam accipi, *dd. ll.* Itaque curandum potius est, ut de summa a reo principali detraheretur aliquid, quam adderetur. Quare in fidejussione non fuit dictum: *pro ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes?* sed, *de ea pecunia*, ut demonstretur, pecuniam excedere aestimationem tritici, et fidejussorem potius in partem accipi, quam in majorem summam.

Praeterea quoties in jure nostro *de-* 4
cem, *centum*, etc. nominantur, solet significari *decem millia HS. centum millia*, etc. ut interdum adjicitur. *l. illa stipulatio* 69. *ff. de V. O. l. duo societatem* 71. *ff. pro soc.* Quapropter so-

lent haec neutro genere efferri, ut in *l. lecta ff. de reb. cred. l. obligationum fere* §. *si ita ff. de obligat. et act. l. ait Praetor* §. *per hanc ff. quae in fraud. cred. l. Si ita stipulatus* 126. *in princ. ff. de V. O. L. liberto* 21. *ff. de an. leg. l. Aurelius* §. *centum et* §. *quidam. l. legavi* 25. *ff. de liber. leg. l. qui testamento ff. de probat. l. talis scriptura* §. *quid. si forte ff. de legat.* 1. *l. si cum praefinitione ff. quando dies leg. ced. l. Publius in princip. ff. de cond. et demonstr. l. fidejussores Magistratum* §. 1. *ff. de fidejuss. l. ult. C.*
5 *de his quae sub mod.* Quando autem summam aliquam aureorum exprimere volunt, aut id ipsum exprimitur: *decem aureos, decem solidos,* ut *in l.* 1. § *si cui ff. de extr. cogn. in l. nonnulli* 10. *ff. de accusat.* aut id indicant aliqua adjectione, unde cognosci possit, eos loqui de aureis, ut in *l. libertis* 18. *in princ. ff. de alim. leg. menstruos decem, menstruos septem, annuos denos.* Cum autem simpliciter efferuntur, de sestertiis, non de aureis sunt intelligenda, ut constat ex *l. liberto* 26. *ff. de bon. libert. et ex l. Si libertus* 16. *ff. de jure patron.* juncto §. *postea vero Inst.*
6 *stit. tit. de success. libert.* Igitur denis nummis in hac *lege* tritici modius aestimatur, aut minus, si forte pro parte fidejussor intercessit. Non tamen valet fidejussio: quia in aliam obligationem fidejussor accipi non potest. In aliam obligationem accipi dicitur fidejussor, quoties ex sua promissione debiturus est aliquid, quod non debet reus principalis. Exempla peti possunt *ex l. Graece* 8. §. *si quis Stichum in fin. et ex l. si Stichum* 38. *ff. de fidejus.*

7 Nec sine causa id admonere voluimus: nam hujus rei ignoratione multi errores in Jus nostrum irrepserunt. Non ausim dicere, hac in re deceptum fuisse Tribonianum, qui centenarium Libertum statuit eum esse, qui centum aureos habet in bonis, legem Papiam interpretans in §. *sed nostra Inst. tit. de success. libert.* cum certum sit, centenarium fuisse libertum, qui centum millia in bonis habebat, §. *postea eod. tit. l. liberto* 26. *ff. de bon. libert. l. si libertus* 16. *ff. de jure patron.* Centum millia sestertium efficiunt summam mille aureorum, non centum, cum aureus contineat centum sestertios, non mille. Sed dicendum est, accisis Imperii opibus, et privatorum facultatibus in dies decrescentibus, a Justiniano summam fuisse diminutam.

Idem est error in *l. Maevia* 48. *ff. solut. matrim.* quem si Triboniano tribuere nolumus, Librariis tribuere necesse est. *Maevia marito suo inter alias res dotis, etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, cum nuptum ire coepisset, decem millia.* Hic quoque decem millia aestimantur decem solidis, seu decem aureis, cum contineant centum aureos. Itaque perperam adjectum est verbum illud, *solidorum*: quod fortasse ab aliquo imperito additum est, qui deceptus est nota, qua sestertii describuntur, quae est hujusmodi: *H. S.* Si quis hoc modo legat: *Maevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum sestertiorum decem tradidit,* certe constabit sententia: nam sestertium continet mille sestertios; ac proinde decem sestertia continent decem millia sestertium. Simile est illud Juvenalis, *Satyr.* 4. 8

——— *mullum sex millibus emit*
AEquantem sane paribus sestertia libris.

Mullus erat sex librarum: sex millia sestertia libris aequabat. Quamvis autem a Veteribus Auctoribus sestertium neutro genere non dicatur, praeterquam a Poetis, tamen in posterioris aevi Scriptoribus id a me non semel observatum memini.

Idem est error in *l. Pater* 38. §. *fideicommisit ff. de legat.* 3. *Fideicommi-* 9

sit ei, cui duo millia legavit, in haec verba: a te Petroni peto, uti ea duo millia solidorum reddas Collegio cujusdam Templi. Non dubito, Scaevolam scripsisse: uti ea duo millia H. S. Etenim Scaevolae temporibus aureus adhuc solidi nomen non acceperat. Floruit Scaevola sub M. Antonino, ut refert in hujus vita Capitolinus: hoc est, ante Alexandrum Imperatorem. Quare Paulus, qui floruit imperante Alexandro, ejusque Consiliarius fuit, in Scaevolam notas scripsit, eumque semper appellabat Scaevolam nostrum, quia eo Auctore ac Praeceptore utebatur in Jure respondendo, ut optime animadvertit doctissimus Cujacius. *l. si unus* §. *si unus ff. de pact. l.* 6. *ff. de reb. auct. Jud. l. atqui* 19. §. 1. *ff. de negot. gest. l. Nesennius ff. de excus. tutor. l. qui plures* 38. §. *ult. ff. de vulgar. et pupil. subst. l. quod si minor* §. *Scaevola ff. de minor. l. qui Stichum* §. *ult. ff. de jure dot.* Solidi autem videntur appellati eo tempore, quo Alexander tremisses cudi jussit, ut existimat doctissimus Budaeus: quia tunc dicti sunt solidi, hoc est integri aurei partem continerent. Narrat haec Lamprid. *in vit. Alex.* Verba ejus, a Viro incomparabili emendata, sunt haec. *Vectigalia publica in id contraxit, ut qui decem aureos sub Heliogabalo praestiterant, tertiam partem aurei praestarent, hoc est: trigesimam partem. Tuncque primum tremisses aureorum formati sunt, cum ad tertiam partem aurei vectigal desedisset: dicente Alexandro etiam quartarios futuros, quod minus non posset. Quos quidem quartarios jam formatos in moneta detinuit, expectans, ut si vectigal contrahere potuisset, et eosdem ederet: sed cum non potuisset per publicas necessitates, conflari eos jussit, et tremisses tantum, solidosque formari.*

11 Sed vereor, ut defendi possit haec sententia, cum etiam multo ante Alexandrum aureos appellatos fuisse solidos, reperiam. In Edicto AEdilium Curulium solidi nominantur. *l. qua vulgo* 42. *ff. de AEdilit. Edict.* In Edicto Praetoris itidem solidos nominatos reperimus. *l. si vero* 5. §. *Praetor ait ff. de his qui effud. vel dejec.* Item in Rescripto Imperatorum Severi et Antonini *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisc.* Quae omnia prodierunt, et scripta sunt multo ante Alexandrum: quod a Budaeo aliisque doctissimis Viris non fuisse observatum, sane mirandum est, praesertim cum Budaeus hanc sententiam confirmet etiam in *annot. ad Pand. in l. qua vulgo ff. de AEdil. Edict.* Neque probabile est, has leges a Triboniano emendatas fuisse. Quid enim causae potuit? cum etiam Justiniani tempore aureorum nomen esset in usu, §. *sed nostra Instit. tit. de succes. libert.* §. *item is Inst. tit. de oblig. quae ex quasi delict.* et tot aliis in Legibus aureorum nomen sit relictum, *ut in l.* 2. *ff. in jus voc. ut eant. l. penult. ff. de in jus voc. l. Si quis* 7. *in princ. ff. de jurisd. in l. Papinianus* 8. *in fin. et l. seq. ff. de inoff. testam. l. lege Cornelia* 25. *in princ. ff. ad SC. Silanian. l. un.* §. 1. *ff. ad leg. Jul. amb. l. Si creditor* 37. §. 1. *ff. de pecul. l.* 1. §. *Si cui ff. de extraord. cognit. l. nonnulli* 10. *ff. de accusat.* et alibi. Igitur defendi potest vulgata lectio *in d. l. pater* 38. §. *fideicommissit ff. de legat.* 3. quae defendi non posset, si probaremus communem doctissimorum Hominum sententiam, existimantium ante Alexandri tempora solidi nomen in usu non fuisse. Sed puto, nihilominus legendum: *duo millia H. S.*

Sunt aliae duae leges, quae eadem 12
indigent emendatione. In *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. *Imperator interrogavit partem legatarii, quaerendi causa pone (inquit) in condito centies aureorum esse, quae in usum sumi solerent: diceres totum, quod esset in arca, relictum deberi?* In l. *tantum* 88. *ff. de verb. sign. Tantum quisque pecu-*

niae relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. Sic dicimus centies aureorum habere, qui tantum in praediis, coeterisque similibus rebus habeat. In utraque lege expungendum puto verbum, *aureorum.* Nemo nescit, Veteres his adverbiia numeralibus usos fuisse ad describendam summam sestertium, et subintelligi, centena millia. Itaque decies, vicies, centies sestertium, significat *decies centena millia sestertium, vicies centena millia sestertium, centies centena millia sestertium.* Idem dicendum de reliquis. Etsi autem Veteres solerent addere *sestertium*, aut *sestertio*, tamen id aliquando omittebant. Cic. *pro Sex. Rosc. Haec bona sexagies, emuntur duobus millibus nummum.* Similis omnino loquendi forma ei, qua utitur JC. in *l. tantum* 88. *ff. de V. S.* Idem Cic. *in orat. in Verr.* de frum. *Sic per triennium ad hunc frumenti emptionem centies et tricies erogatum est.* Liv. *lib.* 8. *Potius quadragies, quam ducenties litem aestimatum.* Contra centies aureorum apud probatos Auctores nusquam legisse me memini. Est quidem apud Martial. *lib.* 4. *epigr.* 37. versus, quo videtur defendi posse haec dictio:

Ex insulis, fundisque tricies solidum.

Solidus autem, et aureus idem est, ut norunt omnes. Sed aliud significat Martialis, non tricies solidum, sed solidum, hoc est integrum tricies; hoc enim adverbio utebantur, tamquam nomine. Idem Mart. *lib.* 1. *ep.* 79 *ad Culen.*

Non plenum modo vicies habebas.

Et alibi.

Dederas, Apici, bis trecenties ventri,
Sed adhuc supererat centies tibi laxum,

Cornel. Nepos *in vita Attici: Tantaque fuit moderatione, ut neque in sestertium vicies, quod a patre acceperat, parum se splendide gesserit, neque in sestertium centies affluentius vixerit.* Alia exempla passim occurrent legentibus Latinos Auctores: nos haec tria selegimus, quae ad rem nostram visa sunt maxime accommodata.

Quod si quis in adductis legibus putet agi de aureis, non video, quo pacto eas possimus interpretari. Si dicas centies aureorum significare centum aureos, absurda est, et non latina locutio. Praeterea non convenit *l. Ofidius* 97. *ff. de legat.* 3. in qua Imperator magnam quamdam summam exprimere voluit, ut ostenderet, consentaneum non esse eam legato contineri. At centum aurei modica summa sunt. Non convenit etiam alteri legi. Quomodo enim in praediis coeterisque similibus rebus haberi possunt centum aurei? Exiguus agellus est, aut hortus, cujus aestimatio non excedat hanc summam. Si vero dicas, centies aureorum significare centies centena millia aureorum, infinita plane summa est. Efficit enim viginti quinque milliones nostrorum scutorum. Quamobrem neque haec summa convenit nostris legibus. Quis hanc summam in arca habet, ut in suum usum consumat, ut in *d. l. Ofidius*? Ex cujus bonis tanta pecuniae summa refici potest, ut in *d. l. tantum*? Et ut fuerit olim aliquis, qui tantum haberet in bonis; tamen, cum ait JC. *Sic dicimus centies aureorum habere*, etc. ostendit, id non esse insolitum, nec infrequens. Denique animadversione digna sunt illa verba: *Sic dicimus centies*, etc. ex quibus constat, ibi Jurisconsultum loqui juxta communem consuetudinem. Atqui communi loquendi consuetudine non centies aureorum, sed *centies sestertium* aut *centies* absolute dicebatur. Possem id sexcentis exemplis probare, sed ea trita sunt ac pervulgata, et unicuique obvia. Qui desiderat exempla Juris nostri, adeat *l. avia* 77. §. *ult. ff. de condit et demonstr. l. cum de in rem verso* §. 1. *ff. de usur. l. cum heres* 4. §. 1. *ff. de statu liber.* 12

Quoniam autem aliud agentes incidimus in *l. cum heres* 4. §. 1. *ff. de stu-* 13

tu liber. monendum est, a quibusdam ibi legi *mille*, ab aliis *decem millia.* Utraque lectio falsa est. Recte datur libertas sub hac conditione, si decem millis dederit. Ulpian. *in fragm. tit. de statu liber.* Neque enim immodica summa est. Item recte datur sub conditione, si mille dederit. Nam si mille aureos intelligas, mediocris summa est; si mille nummos, etiam parva. Igitur legendum est *millies*: hoc est millies centena millia sestertium: efficiunt autem summam 2500000. nostrorum scutorum. Hanc summam neque servus conficere potest, neque quemquam invenire, qui pro se sol-
14 vat heredi. Quamobrem videtur adjecta conditio animo impediendae libertatis, non dandae: ac propterea cum desit animus dandae libertatis, inutile est legatum. Impediretur autem libertas, si valeret legatum, quia si ab alio manumitteretur, non fieret Civis Romanus, sed libertus Latinus. *l. un. §. sed etsi sub condit. 7. C. de Latin. libert. toll.* Itaque domini, ne servi sui possent umquam ad justam libertatem, et Civitatem Romanam pervenire, eos sub conditione pene impossibili, aut quae in vita impleri non posset, manumittebant. Pompon. in *l. ult. ff. de manum testam. Scio quosdam efficere volentes, ne servi sui umquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: Stichus, cum morietur, liber esto.* Obiter notanda sunt in hac lege verba illa: *ne umquam ad libertatem perveniant;* et in *l. 4. §. 1. ff. de statu lib. quia nec animus dandae libertatis est.* Perveniebant quidem ad libertatem, si ab alio manumitterentur, sed quia non consequebantur jura Civium Romanorum, non dicebantur per-
15 venire ad libertatem. Sic Callistratus in *l. cognitionum 5. §. ult. ff. de extraord. cognit.* dixit deportatis adimi libertatem: non alia certe de causa, quam quod omittunt jura Civium Romanorum, qui textus torsit, et torquet ingenia omnium Interpretum. Hoc autem obiter monuisse sufficiat.

CAPUT XXV.

Ad §. Poena furti Inst. tit. de obligat. quae ex delict

SUMMARIUM.

I. Poena dupli in fures non manifestos desumpta ex Lege Solonis.

II. In duplum condemnabatur fur ex lege Solonis, si dominus rem furtivam recepisset, sin minus, in decuplum; quod si supra quadraginta drachmas furto quis abstulisset, capite puniebatur.

III. Nocturnum furem, deprehensum in furto, XII. Tabulae occidi permittebant, quod ex lege Solonis desumptum erat.

IV. Fures manifesti, si telo se defenderent, interfici poterant ex lege XII. Tabularum; servi autem, fures manifesti, e saxo praecipitari poterant, et quomodo reliqui fures manifesti punirentur.

V. Fures manifesti, qui addicebantur ei, cui furtum fecerant, proprie servi non vocabantur, sed nexi.

VI. Solutione ejus, quod debebant, libertatem consequebantur debitores nexi, non fures manifesti, qui in poenam addicti erant.

VII. Poena addicendi fures manifestos aetate Quintiliani non erat amplius in usu.

VIII. Fures manifesti multis verberibus puniebantur apud Lacedaemonios, nulla vero poena irrogabatur furibus non manifestis; apud Athenienses vero, nullum discrimen erat inter manifestos, et non manifestos.

IX. Praetor poenae furum manifestorum subrogavit quadruplum. Praetor abrogare legem non poterat.

X. Anno Urbis 429. sublata est lex XII. Tabularum, qua a Iudice condemnati addicebantur creditori, sed excepti sunt qui noxam meruerunt et n. 15.

XI. Solon legem Sisachthiae tulit, qua liberabantur ab obligatione omnes debitores, et cavebatur, ne quis in posterum super corpus debitoris mutuaretur.

XII. Eadem lex erat apud Ægyptios, apud quos, ne usurae duplum sortis excederent, sancitum erat.

XIII. Apud Athenienses, si judicatus non solvisset decreto Magistratus, pignora capiebantur, et creditor mittebatur in possessionem bonorum debitoris, quod et Romani imitati sunt; ut si debitor non haberet unde solveret, creditor ei circumscribebat locum, unde egredi non poterat, antequam solvisset; aut in carcerem conjiciebat.

XIV. Catonis tempore an inventa esset quadrupli poena in fures manifestos, et n. 17.

XV. Anno ab Urbe condita 259. sancitum est, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clausum teneret, et ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret; postea vero legibus duodecim Tabularum jus nectendi debitores confirmatum est.

XVI. Etiam in Provinciis debitores addicebantur creditoribus.

Decemviri in XII *Tabulis* poenam dupli sanxerunt in fures nou manifestos.

Transtulerunt hanc poenam in XII. *Tabulas* ex legibus Solonis, qui ut refert Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *sua lege in fures, non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandam existimavit.* Hermogen. in *partit. sect.* 4. Νόμος κλέπτοντος ἢ μὲν ἱερόσυλον ἀποθανεῖν. ἢ δὲ κλέπτην διπλᾶ διδόναι. *Jubente lege sacrilegum interfici, furem vero duplum reddere.* In duplum
2 tamen fur condemnabatur, si dominus rem furtivam recepisset; sin minus, in decuplum: ut testatur Demosthenes in *Timocratem.* Quod si supra quinquaginta drachmas furto quis abstulisset, capite puniebatur, teste eodem Demosthene in laudata *Oratione.* Quo referendam esse arbitror *quaest.* 16. *sect.* 29 *Prob. Aristot.*

3 Multo graviori poena affecerunt Decemviri tum nocturnos fures, tum fures manifestos. Nocturnum furem, in furto deprehensum, occidi permiserunt, ut testatur Gell. *ibid.* Et hoc desumptum a Solonis lege, quam laudat Demosthenes in eadem *Oratione.*

4 Fures quoque manifestos, si telo se defendissent, interfici permiserunt. Ex coeteris autem manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent. Servos item, furti manifesti prehensos, verberibus affici, et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes Praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Haec Gellius loco laudato. *Et lib.* 20. *cap.* 1. *Nisi duram esse legem putas, quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit.*

5 Non tamen erat haec vera servitus, nec servi proprie vocabantur, sed *nexi* Varro *de Lingua Latin. lib.* 6. *Liber, qui suas operas in servitute pro pecunia, quam debeat, dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.* Erat igitur in servitute potius, quom servus. Quintil. *lib.* 5. *Inst. orat. cap.* 10. *Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet Qui servus est, si manumittatur, fit libertinus: non idem addictus.* Et *lib.* 7. *cap.* 3. *Servus cum manumittitur, fit libertinus: addictus recepta libertate est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequitur. Addictus solvendo, citra voluntatem domini consequitur. Ad servum nulla lex pertinet: addictus legem habet. Propria liberi, quae nemo habet, nisi liber, praenomen, nomen cognomen, tribum, habet hic addictus.*
Non poterat explicatius nobis demonstra- 6
re conditionem addictorum; et quantum differant a servis, ostendere. Illud tamen, quod de consequenda libertate per solutionem ejus, quod debetur, affirmat; tantummodo ad debitores nexos pertinere, arbitror, non ad fures manifestos, qui pecuniam non debebant, sed poenam furti corporalem; et ideo non poterant solutione pecuniae liberari citra voluntatem domini. Nec ad fures ea ver- 7
ba referri commode possunt: quia aetate Quintiliani non erat amplius in usu ejusmodi poena furti.

Sed unde haec inter furta manifesta, 8
et non manifesta, dictinctio? An ab institutis Lycurgi apud Lacedaemones, qui, ut Xenophontis verbis in *Rep. Lacedaemoniorum* utar, πολλαῖς πληγαῖς ἐπέβαλλε τῷ ἁλισκομένῳ, *Multis verberibus plectebat eum, qui deprehensus esset*; et oum nullam poenam irrogaret furibus non manifestis, fures manifestos severe puniebat. Sane apud Athenienses nullum fere vestigium apparet hujus distinctionis inter furta manifesta, et non manifesta. Solus, quod sciam, Xenophon *lib.* 1. *memorabil.* furis manifesti meminit: Κατὰ γὰρ τοὺς νόμους, ἐάν τις φανερὸς γένηται κλέπτων, ἢ λωποδυτῶν, ἢ βαλαντιοτομῶν, ἢ τοιχωρυχῶν, ἢ ἀνδραποδιζόμενος, ἢ ἱεροσυλῶν τούτοις θάνατος ἐστιν ἡ ζημία. *Nam secundum leges, si quis fuerit fur manifestus, vel balnearius, vel sacculurius, vel vecticularius, vel plagiarius, vel sacrilegus, his omnibus poena mors est.* Atque haud scio, an

nomine *furis manifesti* Xenophon intelligat eum, qui furtum confessus est, non vero, ut nostri Jurisconsulti interpretantur. Ita plane AEschines videtur explicare in *Oratione in Timarchum*: Οἱ δὲ νόμοι κελεύουσι τελεστῶντων γὲν ὁμολογοῦντας θανάτῳ ζημιοῦσθαι, τοὺς δὲ ἀρνουμένους κρίνεσθαι *Leges praecipiunt fures quidem confitentes capite plecti, negantes vero in judicium adduci.*

9 Uteumque sit, poena illa gravissima, a Decemviris in fures manifestos constituta, tempore exolevit, ejusque loco a Praetoribus subrogata est quadrupli poena. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. de his legibus: *Sed non levis aestimator, neque aspernabilis est Populus Romanus, cui delicta quidem istaec vindicanda, poenae tamen hujusmodi nimis durae esse visae sunt. Passus est enim leges istas de tam immodico supplicio, situ atque senio emori.* Itaque non abrogavit legem Praetor, quod facere non poterat, *l.* 1. §. *sed si* 1. *ff. de feriis*, sed cum ei desuetudine abrogatum esset, poenam quadrupli introduxit.

10 Quo tempore in usu esse desierit poena constituta a Decemviris, quo tempore introducta a Praetoribus poena quadrupli, non constat. Quae conjectura assequi potui, breviter subjiciam. Anno Urbis 429. L. Papirio Mugillano, vel, ut alii putant, Cursore, et C. Petelio Balbo Coss. sublata est lex XII. *Tabularum*, qua cavebatur, ut a Judice condemnati, ni debitum persolverent intra triginta dies, addicerentur creditori, et ab eo in nervo, ac compedibus haberentur, donec integrum debitum persolverent. Non tamen fuit sublata poena furti, ab iisdem legibus constituta. Liv. *lib.* 8. *Eo anno Plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod ligari nexi desierunt. Mutatum autem Jus ob unius foeneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem.* Et paulo post: *Jussique Consules ferre ad Populum, ne quis, nisi quis noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus, aut in nervo teneretur. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur.* Observandum est, in hac lege excipi eos, qui noxam meruerunt. Quoad corpora debitorum, ne creditoribus obnoxia essent, confirmarunt Imperatores Diocletianus, et Maximianus in *l. ob aes C. de obligat, et action.* Hoc idem, 11
cum usurparetur a Graecis, vetitum fuit a Solone, qui legem Sisachthiae tulit, qua et omnes, qui ante id tempus debita contraxerant, ab obligatione liberavit, cavitque in posterum, ne quisquam super corpus debitoris mutuaretur, ut testantur Plutarchus *in Solone*, et in *op. de vitan. aere alien.* et Diod. Sicul. *lib.* 1. qui etiam addit, hoc interdictum pariter fuisse apud AEgyptios, 12
apud quos etiam lege cautum erat, ne usurae supra duplum sortis possent ascendere. Apud Athenienses si judicatus non 13
solvisset decreto Magistratus, pignora capiebantur, et mittebatur creditor in possessionem bonorum debitoris, ut refert Ulpian. et Demosthen. *in oration. in Midiam.* quod Romani postea imitati sunt. At si non haberet unde solveret, creditor ei circumscribebat locum, unde egredi non poterat, antequam solvisset ut refert Hesych. in voce περίγραφον, vel in carcerem conjiciebat, et in compedibus habebat, teste eodem in voce ἑρκαλοσκελὶς.

Ut ad furta, unde discessimus, revertamur, postea ad poenam furti manifesti 14
referri illud Catonis apud Gell. *lib.* 11. *cap. ult. Fures privatorum furtorum in nervo, atque in compedibus aetatem agunt: fures publici in auro, atque in purpura.* Unde quis conjecturam capere posset, Catonis tempore nondum inventam quadrupli poenam, neo sublatam poenam addictionis.

Nihil tamen ausim certo statuere, quia ea verba referri etiam commode possunt ad jus nectendi debitores. Simile est,

quod Plautus in *Paenulo act.* 1. *sc.* 1. ait:

Dupli tibi auri, et hominis fur leno fiet;
Neque id unde efficiat, habet: ubi in jus venerit,
Addicet Praetor familiam totam tibi.

Et *scen. ult.*

Quin egomet tibi me addito. Quid Praetore opus est?
Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.

Idem in *Aulul.*

At ego Deos credo voluisse, ut apud te me in nervo enecem.

Si legamus *apud me te in nervo enecem*, expedita erit sententia: putabat enim senex, illum sibi ollam auri abstulisse.

15 Jus nectendi debitores apud Romanos antiquissimum, et licet multis legibus atque edictis fuisset pluries interdictum, numquam tamen florente Rep. potuit exterminari. Ante latas XII. *Tabularum* leges, anno ab Urbe condita 259. Appio Claudio, et P. Servilio Coss. quidam magno natu, qui nexus crudeliter habebatur, cum prorupisset in forum, et magnas turbas excitasset, nexu vincti solutique se undique in publicum proripuerunt, implorantes Quiritium fidem. Itaque Servilius Cos. edixit, ne quis Civem Romanum vinctum, aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud Coss. potestas fieret: et ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, liberos, nepotesque ejus moraretur. Liv. *lib.* 2. Postea confirmatum est hoc jus nectendi debitores legibus XII. *Tabularum*, ac certa forma praescripta, ut refert Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Nec quisquam ausus est eam revocare, licet hac de causa turbulentissimae tempestates extiterint in Rep. de quibus Liv. *lib.* 6. et passim. Ipse Licinius Stolo turbulentissimus Tribunus Pleb. qui levandae Plebis gratia inter Patres, ac Plebem implacabiles discordias concitavit, hoc jus Populo auferre ausus non est. Tandem anno 428. ut supra dictum est, jus hoc sublatum est lege a Consulibus lata. Sed haec lex non fuit observata, ut testatur Quintilianus. Imò cum iterum C. Popilio rogante sublatum fuisset, tamen necti debitores non desierunt. Varr. *de Ling. Lat. lib.* 6. *Hoc C. Popilio rogante, Sylla Dictatore, sublatum, ne fieret, et omnes, qui bonam copiam jurarent ne essent nexi, dissoluti.* Quae verba *sublatum ne fieret*, ostendunt, non solum lege solutos fuisse qui jam nexi erant, sed vetitum ne in posterum necterentur, sicut priori lege cautum erat. Sed urgente avaritia non potuit hoc a Patribus extundi, et neutra lex fuit observata. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Addici namque nunc, et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt.* Terent. *in Phorm. act.* 4. *sc.* 4.

Cum argentum repetent, nostra causa scilicet
In nervum potius ibunt.

Quem locum non recte Donatus interpretatur. Plaut. in *Menaechm. act.* 1. *sc.* 1.

Nam ego ad Menaechmum nunc eo, cui jam diu
Sum judicatus, ultro eo, ut me vinciat. Idem in *Curcul. scen. ult.*
——— *quia ego ex te faciam pilum catapultarium.*
Atque ita te nervi torquebo, itidem uti catapultae solent.
Delicatum te hodie faciam, cum catello ut accubes.
Ferreo ego dico.

Leno autem infra merito queritur:

——— *Proh Deum atque hominum fidem! Hoccine pacto indemnatum, atque intestatum me abripi!*

Et rursus:

Tu autem in nervo jam jacebis, nisi mihi argentum redditur.

Et paulo post:

Ego in nervum, haud ad Praetorem, hinc rapiam, ni argentum refers.

Alia ad hanc rem Plauti testimonia supra attuli. Est et illud Naevii quod inter genera ridiculi valde laudat Cic. *lib.* 2. *de orat.*

Quanti addictus? mille nummum. Nihil addo, ducas licet.

Verba M. Tullii sunt haec: *Ut apud Naevium videtur esse miseriscors ille, qui judicatum duci videns percunctatur ita:*

Quanti addictus? mille nummum.

Si addidisset tantummodo, ducas licet, esset illud genus ridiculi praeter expectationem: sed quia addidit nihil addo; ducas licet; addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, salissimus. Fuit autem hoc praeter expectationem, quia qui occurrebat addicto, qui ducebatur, ideo solebat interrogare creditorem, quanti addictus esset, ut eum solvendo debitum liberaret. Liv. *lib.* 6. de M. Manlio, occurrente Centurioni, qui ducebatur: *Inde rem creditori palam populo solvit: libraque et aere libertatum emittit.* D. Liv. de eodem M. Manlio: *Homines prope quadringentos produxisse dicitur, quibus sine foenore expensas pecunias tulisset, quorum bona venire, quos duci addictos prohibuisset.*

16 Nec solum Romae, sed etiam in Provinciis addicebantur debitores creditoribus suis, quia, ut puto, Praesides vel hoc edicto comprehendebant, vel morem et consuetudinem Urbis Romae hac in re observabant. Cic. in *Orat. pro L. Flacco: Itaque recuperatores contra istam rem minime dubiam prima actione judicaverunt. Cum judicatum non faceret, addictus Hermippo, et ab hoc ductus est.* Accidit hoc in Asia. Id. in *L. Pison. Nonne cum ducenta talenta tibi Apolloniatae Romae dedissent, ne pecunias creditas solverent, ultro Fusidium Equitem Romanum hominem ornatissimum creditorem debitoribus suis addixisti?*

Ex his constat, verba Catonis etiam 17
de debitoribus ex causa furti posse intelligi, qui non ob poenam furti, sed quia non solverent id, ad quod solvendum fuerant condemnati, addicti forent, et in nervo, ac compedibus haberentur. Rectius tamen de poena furti videntur esse intelligenda. Neque enim cuiquam dura videri potest haec poena, si perpendat, iisdem vinculis fuisse vinctos debitores, nullius delicti reos. Sane Cato ibi atrocitatem poenae in privatos fures exaggerat, ac propterea de poena furti id interpretari consentaneum est.

CAPUT XXVI.

Ad §. Conceptum Instit. tit. de obligat. quae ex delict. nasc.

SUMMARIUM.

I. Furtum conceptum dicebatur, quasi simul captum seu comprehensum, nam illud est, quod apud aliquem invenitur. n. 2.
III. Furti concepti poena gravissima erat; postea mitigata fuit, et tripli poena constituta.
IV. Concipi furta per lancem et licium quid esset. Hic mos a Graecis deductus est.
V. Nudi furta conquirebant, ne quid clam inferrent. Licio cingebantur virginum causa, ut partes pudendas tegerent, et hic mos observabatur a Sacerdotibus, maxime in Lupercalibus.
VI. Lictores a licio, an a ligando dicti sint?
VII. Licium erat pannus ad velandam partem corporis.
VIII. Lance quare uterentur quaerentes furta.
IX. Servi fugitivi quomodo conquirerentur, et quid esset indicium?
X. Lege Æbutia sublatus est antiquus mos concipiendi furta.

De furto concepto est inter doctissimos Homines magna dissensio. Literator ille, Jurisque, quod profitebatur, non satis peritus apud Gellium *lib.* 16. *cap.* 10. ait, furtorum quaestionea cum lance, et lincio evanuisse. Nec ipse Gellius, harum rerum non indiligens, cujusmodi esset furtum, per lancem, et licium conceptum, nobis aperuit, sed ad Sabini librum de furtis nos ablegavit *lib.* 11. *cap.* 18. *Sed quod sit oblatum,*

quod conceptum, et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta, neque inutilia cognitu, neque injucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. Quid esset furtum conceptum: quae ejus poena: quando in usu esse desierit, conabor explicare.

1 Furtum conceptum dicebatur, quasi simul captum, seu comprehensum. Sunt enim fere ejusdem significationis concipere, et comprehendere. Cic. *lib.* 2. *de finib. Concipere, et comprehendere animo voluptatem.* Et de Natur. Deor. *Concipiens, et comprehendens natura.* Ovid. *lib.* 1. *Metamorph.*

Sed timuit, ne forte sacer tot ab ignibus aether.
Conciperet flammas, totusque ardesceret axis.

Hoc enim a verbo *capio:* illud a verbo *praehendo* compositum est.

2 Furtum igitur conceptum, est furtum comprehensum, seu inventum, et captum apud aliquem Vetus Glossar. *Conceptum furtum dicitur, cum quis praesentibus testibus rem furtivam invenit apud aliquem.* Cajus *lib.* 2. *Instit. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem alterum res furtiva inveniatur.* Paul. *lib.* 2. *sentent. cap.* 31. *Concepti actione is tenetur, apud quem furtum quaesitum, et inventum est.* Secundum haec Justinianus in §. *conceptum Inst. tit. de oblig. quae ex delict. nasc. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita, et inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti:*

Modus investigandi, et concipiendi furta constitutus a legibus xii. *Tabula-*
3 *rum*: a quibus etiam gravissima poena coercebantur furta concepta. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *Ea quoque furta, quae per lancem, liciumque concepta essent, perinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. Sed nunc a lege illa Decemvirali discessum est.* Gravissima autem poena constituta erat legibus *duodecim Tabularum* in fures manifestos. Gell. *ibid. Ex coeteris autem manifestis furibus liberos verberari, addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luce fecissent, neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prehensos verberibus affici, et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes Praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri.* Sed eadem erat furti, per lancem, et licium concepti poena, ut testatur Gellius, haec poena gravissima erat. Quamobrem fuit mitigata nimia severitas posterioribus legibus, et tripli poena constituta. Gell. *ibid. Furti concepti, item oblati, tripli poena est.*

Concipiebantur autem haec furta per 4
lancem, et licium. Quid hoc esset, disputant acriter Viri in primis eruditi. Id nos paulo diligentius, ac perquisitius exponemus. Enimvero facem nobis praefert Festus in verbo *lance*, ibi: *Lance, et licio dicebatur apud Antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamilias, aut virginum praesentiam.* Decemviri, ut pleraque omnia, sic ejusmodi morem quaerendi, et investigandi furta a Graecis transtulerunt et legibus *duodecim Tabularum* sanxerunt. Aristophan. in *Nubid.*

Σω. Ἴθι νῦν, κατάθου θοἰμάτιον. ΣΤΡ. Ἠδί-κηκα;
Σω. Οὐκ' ἀλλὰ γυμνοὺς εἰσιέναι νομίζεται.
ΣΤΡ. Ἀλλ' οὐχὶ φωράσων ἔγωγ' εἰσέρχομαι.
So. *Age nunc, depone vestes, STR. Quid deliqui?*
So. *Non, sed nudos introire oportet.*
Str. *Atqui non furtum concepturus ingredior.*

Explicate rem totam exponit ibi Scholiastes his verbis: Ἔθος ἦν τοὺς εἰσιόντας εἰς οἰκίαν πρὸς ἐπὶ τὸ ἐρευνῆσαι, γυμνοὺς εἰσιέναι, ἵνα μὴ ὑπὸ τὰ ἱμάτια κρύψαντες λάθωσι, ἢ ἵνα

μὴ ὑπὸ ἔχθρας λάθωσιν ὑποβαλόντες τὸ ζητούμενον, καὶ ζημίας αἴτιοι τούτῳ γένωνται. Οἱ οὖν μέλλοντες εἰσιέναι· ἵνα ἐπιθεάσωνται χρήματα τοῦ δημοσίου, ἢ κατερευνᾶν, γυμνοὶ εἰσῄεσαν, ἵνα μή τι ἀποκρύψωνται. *Mos erat, ingredientes alicujus domum pervestigandam, nudos introire, ne sub vestibus aliquid occulentes laterent: vel ne propter inimicitiam occulto subjicientes id quod quaerebant, causa essent, cur ille in poenam incurreret. Itaque ingressuri, vel ut publicas res inspicerent, vel ut furta perquirerent, nudi introibant, ne quid occultarent.* Quod ad consuetudinem refert hic Scholiastes, legi tribuit Isaeus *de Peiloctemonis hereditate:* Λεγόντων δὲ ἐκείνων, ὅτι οὗτοι ἐξεινηνοχότες εἶεν εἰς τὴν πλησίαν οἰκίαν, καὶ ἀξιούντων αὐδρα-χρῆμα τῶνδε φωρᾶν κατὰ τὸν νόμον. *Dicentibus vero illis, quod in vicinam domum se receperant, et volentibus statim his concipere secundum legem.* Plato quoque id in suas leges transtulit. Sanxit enim libro XII. Φωρᾶν δὲ ἂν ἐθέλῃ τις τι παρ' ὁτῳοῦν, ἢ χιτωνίσκον, ἔχων, ἄζωστος, προομόσας τοὺς νομίμους θεούς, ἦ μὴν ἐλπίζων εὑρήσειν, οὕτω φωρᾶν. Ἐὰν δέ τις ἐρευνᾶν βουλομένῳ φωρᾶν μὴ διδῷ, δικάζεσθαι τὸν ἀπειργόμενον τὸ ἐρευνώμενον· ἂν δέ τις ὄφλῃ, τὴν διπλασίαν τοῦ τιμηθέντος βλάβην ἐκτίνειν. *Si quis furta concipere apud quemlibet voluerit, nudus, aut tunicam solum habens, et discinctus, et jurans per patrios Deos se ad id faciendum adduci spe inveniendi, ea concipiat. Si vero quisquam inquirere volenti furtum concipere non permittat, per Judicem condemnetur ad persolvendum id, quod quaerebatur. Et, si non solvat, in duplum condemnationis teneatur.*

5 Origo igitur hujus instituti a Graecis. Nudi furta conquirebant, ne quid occulte inferrent, ac supponerent. Licio cincti erant ad tegendas partes pudendas, virginum et matronarum causa. Consuetudo etiam in sacris usurpata apud Romanos. Virgil. 8. AEneid.

Jamque Sacerdotes, primusque Potitius ibant.
Pellibus in morem cincti, flammasque ferebant.

Maxime in Lupercalibus, in quibus Luperci per Urbem discurrebant nudi, succinctique, et puellas occurrentes pelliculis verberantes. Plutarchus *de Lupercis:* Γυμνοὶ διαθέοντες ἐν περιζώμασι. *Nudi discurrentes, cum subligaculis.* Ovid. 5. *Fastor.*

Semicaper coleris cinctutis, Faune, Lupercis. 6

Stat. *lib.* 5. *Sylvar.*

Verbera succincti formidavere Luperci.

Hinc Lictores a licio transverso, quo cingebantur, dictos fuisse putavit Tiro Tullius apud Gellium, et Isidorus. Cinctus enim erat signum ministrantis. Sveton *in Cajo*: *Cajus quosdam summis honoribus functos caenanti modo ad pluteum, modo ad pedes stare, succinctos linteo passus est.* Horat. *lib.* 2. *serm.* 8.

—— Puer alte cinctus acernam
Gausape purpureo mensam detersit ——

Quare Dominus Jesus in postrema, quam habuit cum discipulis suis coena, ministraturus ipsis posuit vestimenta sua, et linteo praecinxit se. Verius tamen fortasse est, Lictores dictos fuisse a ligando, ut Nonius Marcellus affirmat. Li- 7
cium autem erat pannus ad velandam, et circumligandam partem corporis aptus. Varro: *Flamines, quod licio in apice velati erant.* Virg. Eclog. 8.

Terna tibi haec primum triplicet diversa colore
Licia circumdo ————

Eadem de causa lancem oculis investigatoris objiciebant ad tuendam honestatem foeminarum, quae hac ratione poterant ejus aspectum declinare. Simile 8
quiddam nos usurpamus: nam e fronte mulorum lancem suspendimus, ne libero obtutu omnia, quae obviam incurrunt, circumspicientes perterrefiant et consternentur.

Enimvero alia fuit ratio conquirendi
9 servos fugitivos. Solebant enim vel libello proposito, vel per Praeconem indicium promittere, hoc est, praemium indicanti servum, aut conquisitores a Praetore petere, et accipere. De hoc iudicio fit mentio *in l. 4. § ult. ff. de condict. ob turp. caus.* Plautus in *Mercatore*.

Certum est, Praeconum jam quantum est conducier,
Qui illam investigent, qui inveniant. Post ad Praetorem illico
Ibo: orabo, ut conquisitores det mihi in vicis omnibus Cur. Fortunatian. *lib. 1. Rhetoric. Cujus servus fugerat, libello proposito, vel per Praeconem nuncians dixit, daturum se denarios mille ei, qui ad se servum produxisset.* Petron. Arbit. *Dum Eumolpus cum Bargate in secreto loquitur, intrat stabulum Praeco cum servo publico, aliaque sane modica frequentia, facemque famosam magis, quam lucidam quassans, haec proclamavit: Puer in balneo paulo ante aberravit, annorum circa sedecim, crispus, mollis, formosus, nomine Gnython. Si quis eum reddere, aut commonstrare voluerit, accipiet nummos mille. Nec longe a Praecone Ascyltos stabat, amictus discoloria veste, atque in lance argentea indicium, et fidem praeferebat;* et paulo infra: *Interim Ascyltos, ut pererravit omnes cum Viatore cellas, venit ad meam, et hoc quidem pleniorem spem concepit, quo diligentius oppessulatas invenit fores. Publicus vero servus insertans commissuris secures, claustrorum firmitatem laxavit.* Haec quae de veste discoloria, et lance argentea tradit Auctor, meo judicio ad lancem, et licium referri non possunt, cum eo tempore non esset amplius in usu modus ille concipiendi furta. Sunt igitur ea omnia referenda ad perquisitionem servorum fugitivorum, de qua in *l. 3. et toto tit. ff. de fugitivis, et toto tit. C. de fugit.* et de illis, qui servos alienos occultant, *in l. statim 6. ff. ad leg. Fab. in l. 1. ff. de fugit. in l. Neratius 11. §. ult. ff. de serv. corrup. in l. si mandavero 12. §. fugitivus ff. mand. l. 3. §. si quis C. de SC. Syllan.* Apul. lib. 6. *Tunc etiam legibus, quae servos alienos profugos invitis dominis vetant suscipi, prohibeor.* Et paulo post nobis suppeditat simile exemplum Mercurii, perquirentis Psychen ancillam Veneris fugitivam, et indicium pollicentis.

Quod attinet ad tempus, quo in usu 10
esse desiit haec ratio investigandi ac perquirendi furta, nihil certo statui potest. Vero simile est, lege AEbutia sublatum fuisse hunc modum concipiendi furta, constitutumque, ut testibus praesentibus res furtivae conquirerentur. Indicat hoc Gell. *lib. 16. cap. 10. Sed enim cum proletarii, et assidui, et sanates, et vades, et subvades, et viginti quinque asses, et taliones, furtorumque quaestiones cum lance, et licio evanuerint, omnisque illa XII. Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus Centumviralium causarum lege Æbutia lata consopita sit.* Testatur Ludovicus Charondas se in fragmento quodam Romanae antiquitatis haec verba reperisse: *Æbutius, Tribunus Plebis, vir popularis, legem tulit ad Populum, ut duodecim Tabularum capita, quae inutilia essent Reip. tollerentur: quae lex multis contradicentibus tandem rogata est.* Inter capita inutilia legis XII. Tab. fuisse videtur illud, quo statuebatur de furto per lancem liciumque concepto. Certe Plauti aetate in usu fuisse non videtur. Cum enim in *Poenulo* Milphio servus, et Agorastocles dominus lenoni insidias struxissent, ut is addiceretur Agorastocli, et domum lenonis Agorastocles iret, quaesitum villicum suum, qui apud lenonem cum marsupio auri delitescebat, non est usus lance, et licio, sed testes advocavit, quibus praesentibus villicum comprehendit, nec lenonem sibi addici curavit, tamquam reum furti concepti, sed

tamquam debitorem, quod solvendo non esset, Versus quibus haec indicantur, subjiciam *Act.* 1. *scen.* 1. ubi servus dominum instruit:

Rogato, servus veneritne ad eum tuus:
Ille me censebit quaeri: continuo tibi
Negabit. Quid tu dubitas quin extempulo.
Dupli tibi auri, et hominis fur leno fiet?
Neque id unde efficiat habet: ubi in jus venerit.
Addicet Praetor familiam totam tibi.
Ita decipiemus fovea lenonem Lycum.

Et *Act.* 3. *scen.* 1.

Ille negabit, Milphionem quaeri censebit tuum.
Id duplicabit omne furtum: Leno addicetur tibi.

Et scen. ultim.

Agor. *Imo haud multo post in jus veneris.*
Lyc. *Quin egomet tibi me addico: quid Praetore opus est?*
Verum obsecro te, ut liceat simplum solvere.

Ex quibus constat, ea aetate nondum fuisse constitutam tripli poenam, quae fortasse postea a Praetore constituta est, sicut poena quadrupli in fures manifestos.

CAPUT XXVIII.

Ad L. qui vas argenteum ff. de furt.

SUMMARIUM.

I. Dominus, qui rem suam propria auctoritate aufert a possessore, rem ipsam amittit. et num. 11.
II. Nemo sibi ipsi jus dicere debet, aut propria auctoritate res occupare.
III. Legatarius non potest occupare legatum, sed ab herede illud petere debet.
IV. A fure fugitivo licet propria auctoritate rem auferre, quod observatur et in Decuriones fugientes.
V. Id etiam, quod actione et judicio consequimur, auferri dicitur.
VI. Actione furti solam poenam persequimur, non rem ipsam et n. 8.
VII. Res furtiva repetitur condictione furtiva, et rei vindicatione.
IX. In actione vi bonorum raptorum res rapta continetur.
X. Judex debet condemnare reum juxta naturam actionis.
XI. Actor, qui rem suam furi abstulit, eam amittit.
XII. Si dominus rem furto sibi sublatam a fure auferat post litem contestatam, alio judicio fur eam repetere debet.

Qui vas argenteum perdiderat, eoque nomine furti egerat, de pondere vasis controversia cum esset, et actor majus fuisse diceret, fur vas protulit: id is, cujus erat, abstulit ei, qui subripuerat, dupli nihilominus condemnatus est. Rectissime judicatum est: nam in actionem poenalem non venit ipsa res, quae subrepta est, sive manifesti furti, sive nec manifesti agatur. Interpretes nostri in hujus legis explicatione impingunt in scopulum, quem non sine periculo naufragii praeterve
huntur. Dominus enim, qui rem suam 1
propria auctoritate aufert a possessore, rem ipsam amittit. §. *ita tamen Inst. tit. de vi bon. rapt.* §. *recuperanda Instit. tit. de interd. l. si quis in tantam C. unde vi.* Nemo enim sibi ipsi 2
jus dicere debet aut propria auctoritate res occupare. *l. meminerint* 6. *C. unde vi. l. negantes C. de oblig. et act. l. un C. ne quis in sua causa l. qui jurisdictioni* 10 *ff. de jurisd. l. Julianus*
17. *ff. de iudic.* Adeo ut nec legatarius possit occupare legatum, sed ab herede illud petere debeat. *l.* 1. §. *et continet. versic. etenim ff. quod legat. l. non dubium C. de legat.* Qui fit igitur, ut fur iu duplum condemnari debeat domino, qui rem abstulit propria auctoritate: si dominus rem illam amittere debet? 3

Quidam fingunt, ibi agi de fure fu- 4
giente a quo licet propria auctoritate rem auferre. *l. ait Praetor.* 10. §. *si debitorem ff. quae in fraud. credit.* Urget enim necessitas rei nostrae servandae adversus fugientes, nam si fuga semel eva-

scrint, frustra Magistratus auxilium implorabimus. arg. *text. in l. ult. C. in quib. caus. restit. in integr. neces. l. 1. C. quando liceat unicuique.* Quod jus et in Decuriones fugientes exercetur *l. generali* 54. *C. de Decurion. l. 1. C. ubi quis de curial. vel cohort.* Haec autem facultas injiciendi manus in debitores fugientes innixa est legibus XII. *Tabul.* quibus cavebatur: *si calvitur pedemve struit, manum endo facito.*

Sed huic interpretationi non possum acquiescere. Nam repugnat narrationi facti Fur vas protulit in judicio, non cum vase aufugit.

5 Alii existimant, dominum abstulisse rem suam non propria auctoritate, sed modis legitimis, nempe judicio, quasi Judex vas prolatum domino reddi iusserit. Nam et id, quod actione, et judicio consequimur, *auferri* dicitur *l. duobus* 85. *ff. de legat.* 1. *l. si pro re* 22. *§. ult. ff. de eviction. l. chirographis §. ult. ff. de administr. tutor. l. creditor. in princ. et l. si prior. §. si simpliciter ff. qui potior. in pignor. l. venditor* 21. *in fin. ff. de hered. vel action. vendit. l. cum filius* 76. *in princ. ff. de leg.* 2.

6 Sed durissima est haec interpretatio. Primum enim JC. non ait furem condemnatum fuisse ad rem restituendam, et ad duplum rei, sed solum ait dupli condemnatum fuisse. Praeterea non poterat Judex condemnare furem ad rem restituendam, quia apud eum furti actum erat, et actio furti solam poenam persequitur, non rem ipsam. *§. furti actio Instit. tit. de obligat. quae ex delict. §. sic itaque discretis Inst. tit. de action. l. si pignore* 54 *§. cum furti ff. de furt.*

7 Ad repetendam enim rem competit rei vindicatio, et condictio furtiva. *d. §. furti actio, et d. §. sic itaque l. ancillae* 12. *cum seq. C. de furt. l. si pro fure* 7. *in fin. cum. l. seq. ff. de cond. furt.* Denique quorsum narratur a JC. vas a fure prolatum fuisse in judicio, et a domino ablatum, nisi ut intelligatur, dominum rem suam arripuisse, et de manibus furis extorsisse? Certe tota illa narratio esset supervacanea, si fur a Judice condemnatus vas restituisset domino.

Ego ut dicam quod sentio, non intelligo, cur in hac lege interpretanda D. D. nostri tantopere se torqueant: cum clara sit ejus sententia. Primum enim ibi non quaeritur, an dominus auferens rem suam a fure, eam amittat: neque enim hac de re actum erat in judicio: nec agi potuerat, quia hoc post inchoatum judicium supervenit. *l. non quemadmodum ff. de judic. l. non potest videri ff. eod. l. bovem §. si sub conditione ff. de Ædil, Edict.* Igitur quaestio ejus legis non est de amissione rei, propria auctoritate occupatae: sed de actione furti, qua actum erat in judicio, et de condemnatione Judicis, qui furem dupli condemnavit. Quaerebatur autem, an recte furem dupli condemnasset, etiamsi dominus pendente judicio rem suam recuperasset. Et respondit JC. recte condemnatum fuisse, quia in actionem furti, quae tota poenalis est, non venit res subrepta. Itaque sive jure, sive injuria rem suam furi dominus abstulerit: et sive eam amittat, sive jure possit retinere: hoc nihil attinet ad actionem furti, in qua de re ipsa non quaeritur, nec quaeri potest, quia in actione poenali res subrepta non continetur. *d. §. furti actio Inst. tit. de oblig. quae ex delicto.* cum aliis supra laudatis. 8

Si actum fuisset actione vi bonorum raptorum in quadruplum, et dominus a raptore rem abstulisset, tunc minuenda fuisset a Judice condemnatio, quia in quadruplo hujus actionis ipsa res continetur: *princ. tit. Inst. de vi bonor. rapt. l. 1. §. in hac actione ff. eod.* cum actio vi bonorum raptorum mixta sit. et partim poenam, partim rem ipsam persequatur. *§. vi bonorum Inst. tit. de action.* Ac propterea non deberet Judex reum condemnare ad restituendam rem domino, 9

qni eam recuperavit. At in actione furti, quae mere poenalis est, non potest Judex habere rationem rei, quae petita non fuit, cum in actione illa, qua actum
10 est, minime contineatur. Debet enim reum condemnare juxta naturam actionis, quae fuit intentata. §. 1. *et seqq. Instit. tit. de offic. Judic.*

11 At enim actor, qui rem suam furi abstulit, eam amittit. *l. si quis in tantam C. unde vi §. recuperandae Instit. tit de interd. §. ita tamen Instit. tit. vi bonorum rapt.*

12 Utcumque sit, certe hac de re agendum est alio judicio, et nova interpellatione, novo judicio opus est. *l. Antaeus §. ult. ff. de aqua, et aqu. pluv. arc. l. non potest videri* 23. *ff. de judic. l. de his rebus* 46. *ff. de recept. arbit. l. tigni* 7. §. *ult. ff. ad exhib. l. litis contestatae* 37. *in princ. ff. de negot. gest.* Itaque recte judicavit Judex, qui nullam rationem habuit ejus, quod post litem contestatam supervenit, et quod in libello petitum non erit, nec conveniebat actioni, qua apud eum actum erat. An enim sententiam diceret, non convenientem actioni intentatae? An sententiam discrepantem a libello, et petitione actoris? An sententiam diceret de eo, quod in judicium deductum non est? sunt haec absurda, et aliena ab officio, et potestate Judicis. *l. ut fundus.* 18. *ff. commun. divid.*

Itaque si fur rem sibi ablatam restituendam esse contendat ad eam recuperandam aget, et alio judicio jus suum experietur. Disputabitur autem in eo judicio, an dominus auferendo rem suam, quam fur a domino clam possidebat, incidat in poenam amissionis per *text. in l. si alius* 7. §. *bellissime, et in l. ult.* §. *si januam ff. quod vi aut clam.* Quae disputatio, cum omnino sit aliena a judicio furti, in eo peragi non potuit.

Ac si peragi potuisset, et hac de re Judex furti cognoscere potuisset, tamen cum haec ad actionem furti non pertineat, sed ad aliam actionem, recte Judex furem dupli condemnasset, ut ait ibi JC. etiamsi vicissim deberet condemnare reum ad vas ablatum restituendum. Cum enim actio furti poenalis vas illud non contineat, duae condemnationes essent necessariae: altera furis in duplum: altera domini actoris in restitutionem vasis ablati. Sed, ut dixi, haec restitutio vasis ablati ad cognitionem hujus Judicis non pertinet: hic enim de furto cognoscere debet, quod solummodo in judicium deductum est: restitutio autem vasis pendet a facto, omnino separato a facto furti, quod in hoc judicium deductum non est.

CAPUT XXVIII.

Ad l. 3. §. si rem ff. de acquir. vel amitt. possess.

SUMMARIUM.

I. Possessio acquiritur solo animo sine apprehensione; quin et dominium; cur non et furto adimatur.
II. Multum interest volente, an invito domino quis possessionem acquirat.
III. In furto non sufficit consilium, sed factum requiritur, et ipsa contrectatio. et n. 10.
IV. Opponuntur variae Leges et cum his quoque Gellii et Plauti loca.
V. Ficta contrectatio in furto non admittitur.
VI. Nec inficiatione furtum fit.
VII. Exponitur singulatim *l.* 1. *ff. de Furt.*
VIII. Vis et significatio verbi *occultare*; ut et *abnegare.*
IX. Explicatur *l. si quis uxori §. neque verbo ff. de Furt.*
XI. Item *l. inficiando, in princ. ff. eod.*
XII. *Dactyliothecae* significatio minus nota ex Plinio.
XIII. Porro demonstratur auctoritate Veterum contrectationem desiderari, etiamsi res sit in nostra potestate. et n. 18.
XIV. Detentio conjuncta animo furandi non est species contrectationis.
XV. Exponitur *l. certi condictio* 9. cum *l. seq. ff. de Reb. cred.* et de thesauro adde n. 17.
XVI. Non sufficit contrectatio in furto, sed eo amplius debet esse fraudulosa; praeterea in ipso contrectandi actu fraus adesse debet, nec sufficit eum postea supervenire.
XIX. Solvuntur leges obstantes, ut *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. possess.* Differentia inter res mobiles et immobiles, quoad acquirendam possessionem.
XX. *Rem invadere* quid significet, occasione *d. l.* 47. *de acquir. possess.*

XXI. Responsio ad *l. si quis rem* 20. *ff. eod.*
XXII. Furti essentia in contrectatione consistit, non in possessionis interversione. Ergo et hereditati furtum fit, et alterius rei, cujus nullus est possessor.
XXIII. Respondetur ad *l. si alienum C. de Furt.* ubi de servi et animalium contrectatione.
XXIV. Item ad *l. si quis uxori. §. eum creditorem ff. de Furt. Celare* est amovere, adeoque et contrectare.
XXV. Porro ad *l. falsus §. si is qui indebitum ff. de Furt.* in qua contrectatio valet longae manus.
XXVI. Necnon ad *l. si is qui rem* 66. *§. eum qui ff. de Furt.*
XXVII. Sicut etiam ad exemplum fugitivi.
XXVIII. Denique respondetur ad auctoritates Gellii et Plauti.

Hanc legem subtiliter, et copiose, ut solet, et praeter communem opioiooem exposuit Juris consultissimus Cleaius; adeo ut videri possit actum agere, qui io ea explicanda aroplius elaboret. Sed quia tam acotas interpretatiooes plerique non coocoquuot; idcirco a nobis explicabitor pioguiore Minerva.

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere: sed si eam loco non moveris, et inficiandi animum habeas; plerique Veterum, et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur.

1 Videtur regulia Juris maxime repugnare hoc Paoli responsum. Eteoim possessio acquiritur etiam sine apprehensione rei, ejusve contrectatione, aut loco motione, quando res est in potestate ejus, qui vult adipisci possessionem, et quod magis est, acquiritur etiam dominium. *l.* 1. *§. si jusserim l. quod meo* 18. *§. si venditorem l. quarumdam ff. de acquir. poss. l. si fur* 32. *in princ. ff. de usuc. l. certi condictio* 9. *in fin. ff. de reb. cred. l. qui negotia* 34. *ff. mand. §. interdum Inst. tit. de rer. divis. l. qua ratione §. interdum ff. de acquir. rer. dom. l. absenti* 10. *ff. de donat. l. si sponsalibus* 58. *ff. de jur. dot. l. si servus* 21. *§. si rem ff. de acquir. rer. dom.* Itaque qui apud horreum ejus claves accipit, mercium in horreo conditarum possessionem, et dominium acquirit, quia earum apprehendendarum potestatem nanciscitur *l. clavibus.* 74. *ff. de contr. empt.* Et qui fundum iogredi tur animo possidendi, totom fundum incipit possidere, licet eom noo circumambulet *l.* 3. *§.* 2. *ff. de acquir. poss.*

2 Sed ad haec, et hujos generis coetera est prompta responsio. Facilius acquiritur possessio vacua, et domino volente, quam intervertatur invito domino. Haec enim avelli debet a domioo, a quo retinetur: non debet autem ignoranti, ne dum invito, possessio tolli, etiamsi ab eo solo animo retineatur *l. quamvis* 46. *ff. de acquir. poss.* Animo enim amittitur possessio, sicut acquiritur *d. l. quamvis et l. quemadmodum ff. eod.* Qoando autem vacua est possessio, aut a domino creditur, concurrit animus acquirentis cum animo amittentis, ac propterea si praecesserit factum apprehensiooís, nihil aliud requiritur, et possessio transferatur necesse est. Recte Paulus in *l.* 1. *§. si vir uxori ff. de acquir. poss. Si vir uxori cedat possessionem donationis causa plerique putant possidere eam, quia res facti Jure Civili infirmari non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* Si iogrediar fundum voluntate domini, totius fondi possessionem illico acquiro *l.* 3. *§.* 1. *ff. de acquir. poss.* Imo si venditor fundi in mea turre mihi demonstret fundum venditum, vacuamque possessionem se tradere dicat, oon minus possidere incipio, quam si pedem finibus intulissem. *l. quod meo §. si venditorem ff. eod.* Contra si ingrediar fundom animo occupandi possessionem invito domino, eam non acquiro *d. l. quod meo §. si dum in alia l.* 3. *§. etsi alii* 9. *ff. de Acq. pos. l. clam* 6. *§. ult. l. si id quod* 25. *§. ult. l. quamvis* 46. *ff. eod.*

Item voleote domioo rei praeseotis 3
possessionem acquirimus, etiam oculis,

et affectu. *l.* 1. §. *si jusserim ff. eod.* et possessionem mercium acquirimus acceptis clavibus in conspectu horrei vel cellae vinariae *l. clavibus ff. de contr. empt.* At in furto, quod fit invito domino, oculis et affectu non acquiritur possessio etiam rei praesentis: atque ideo, si quis animo furandi conclave fuerit ingressus, furtum non facit, si nihil abstulerit *l. vulgaris* 21. §. *qui furti ff. de furt.* Item si majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non potuit; non omnium rerum fur est, sed earum tantum quas tulit *d. l. vulgaris* §. *item si.* Non solum igitur requiritur contrectatio, sed contrectatio cum effectu, nam si contrectetur quod tolli non potest, non tamen ejus fit furtum, aut possessio intervertitur. Et tantum abest, ut sufficiat solus animus, aut consilium, quando res est in potestate: ut nec sufficiat quidem factum ipsum, et praeparatio ad contrectandum. Quamobrem, si quis arcam refregerit eo consilio, ut uniones tolleret, furtum non facit arcam frangendo, sed uniones contrectando *l. si quid fur.* 22. §. *si eo consilio ff. de furt.* Et ideo recte Paulus in lege nostra ait: *possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Cum enim furtum non fiat, nec possessio intervertitur ex causa furti: furtum autem non fit, quia deest contrectatio; quae adeo necessaria est, ut synonyma existimentur: *contrectare* et *furtum facere. l. cum creditor* 55. *ff. de furt.* Non sunt igitur haec contraria Pauli responso: sunt tamen alia, quae magis adversari videntur.

4 Primum enim Papinianus in *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* ait, depositario et commodatario constituentibus sibi possidere, et rem domino non reddere, confestim dominum amittere possessionem. Ergo solo animo, sine ullo facto possessio intervertitur.

Confirmat id Marcellus in *l. si quis rem* 20. *ff. eod.* ubi respondit dominum invitum possessione interverti a commodatario, qui recusat rem commodatam tradere emptori jubente domino, aut ipsi domino reposcenti reddere.

Propterea in *l. alienum C. de furt.* Alexander Imperator duobus modis furtum fieri respondit, aut contrectando servum, aut illum detinendo: ibi, *et si contrectet, vel apud se detinuerit, furtum facit*; ergo et qui retinet, furtum facit, licet non contrectet.

In *l. si quis uxori* §. *cum creditorem ff. de furt. Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat, quod verum esse arbitror.* Nihil aliud hic exigitur, quam ut retineat animo furandi.

In *l. falsus* 43. §. *si is qui indebitum ff. eod. Si is qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, si cum eo absente solutum fit: coeterum si praesente, alia causa est, et furtum facit.* Sola praesentia requiritur: nempe ut sit in potestate.

In *l. si is qui rem* 66. §. *eum qui ff. de furt. Eum qui mulionem dolo malo in jus vocasset: si interea mulae perierint, furti teneri Veteres responderunt.*

His additur exemplum fugitivi. Fugitivus nemo fit solo consilio. Facto opus est, quo se proripiat e potestate domini *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædil. Edict. l. fugitivus ff. de V. S.* et tamen si quis imprudens, aut invitus domini potestatem evaserit, et postea cum redire posset, mutato consilio redire noluit, solo animo fit fugitivus *l. quis sit fugitivus* §. *idem ait, si servus ff. de Ædil. Edict.*

Accedit Sabini auctoritas, quem Gell. refert. *lib.* 11. *cap. ult. in fin. Haec quidem in eo, quo nunc dixi, libro Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causa attrectatis. Sed meminisse debemus secundum ea, quae supra scripsit: furtum sine ulla quoque attrecta-*

tione fieri posse, sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente. Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo uti furtum faceret, imperavit. Non dissentit Plautus in *Paenul. act.* 1. *sc.* 1.

—— continuo tibi
Negabit, quid tu dubitas, quin extempulo
Duplo tibi auri et hominis fur leno fiet?

Et *act.* 3. *sc.* 1.

Ille negabit, Milphionem quaeri censebit tuum.
Id duplicabit omne furtum, leno addicetur tibi.

Et *sc.* 4. *act.* 3.

Extemplo denegabit: homo furti se adstringet.

5 Quamquam haec omnia magni momenti sint; tamen adeo manifesta est Pauli sententia, ut nisi verba cavillari velimus, nullus usquam pateat evadendi locus. Neque enim illud dici potest, ibi agi de ficta contrectatione, quae fit solo animo, cum res est in nostra potestate. Ait enim Paulus, quod depositarius, qui rem loco non movet, furtum non facit, quia furtum sine contrectatione non fit, nec animo furtum admittitur. Agit igitur de contrectatione, qua res loco movetur, non de ea, quae fit animi destinatione. Contrectatio hic refertur ad loco motionem, et opponitur animo. Plane si depositarius solo animo furtum admitteret, absurda esset illa ratio, et cum dicto pugnaret: depositarius si rem loco non moverit; et animum inficiandi habeat, furtum non facit, quia animo furtum non admittitur.

6 Nec illud dici potest, eum, qui animum inficiandi habet, furtum non facere, quia nondum inficiatur, sed inficiabitur cum depositum reposcetur: nam qui animum faciendi habet, non facit. Speciem veri haec haberent, si inficiatio esset furtum: tunc enim recte diceretur, furem non esse, qui animum habet inficiandi, quia hic non inficiatur. Sed cum inficiatio non sit furtum *l. inficiando ff. de furt.* non video quid haec ad rem pertineant. Porro si animo rem sibi habendi furtum facit depositarius; etiam animo inficiandi furtum faciet. Etenim animus inficiandi involvit animum retinendi depositum. Idcirco enim paratus est inficiari depositum quandocumque reposcetur, quia jam destinavit depositum non reddere. Propterea vero nunc non inficiatur, quia nunc non reposcitur. Si nunc reposceretur, nunc inficiaretur. Habet igitur in praesens animum non restituendi depositum, sibique habendi: et si hic animus sufficit ad furtum faciendum, utique furtum facit. Quocirca non dixit Paulus, eum furtum non facere, quia furtum non admittitur animo inficiandi, aut animo furandi in futurum: sed generaliter dixit, *nec animo furtum admittatur.* Licet enim nunc non inficietur, quia nunc non reposcitur, tamen nunc habet animum lucri faciendi, et furandi: nihilominus tamen furtum non admittit, quia animo furtum non admittitur.

Et haec est germana Pauli sententia, 7 quam confirmat in *l.* 1. *ff. de furt.* Primum ibi docet, *fures* a *ferendo* nuncupatos fuisse: hinc deducit, solam cogitationem furti faciendi furem non facere, quia qui animum furandi habet, nihil aufert. Atque hoc probat exemplo depositarii qui depositum abneget. Animadvertendum est enim, in ea lege omnia esse inter se apta atque connexa. Depositarius, qui depositum abnegat, furti non tenetur, ideo quia sola cogitatio furti faciendi non facit furem: et ideo non facit furem, quia *fures* ab *auferendo* dicti sunt. Non agitur hic de depositario, qui habet animum inficiandi in futurum, sed de eo, qui depositum abnegat in praesens. Nec possunt haec intelligi de sola cogitatione, sejuncta a detentione rei: nam absurde subjiceretur exemplum

depositarii, qui rem detinet. Age vero perpendamus omnia verba. *Sic is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed si intercipiendi causa occultaverit.* Haec laudatus Auctor interpretatur de eo, qui, aut interim non potest, aut non tenetur depositum reddere juxta *l. 1. §. est autem ff. depos.* qui non occultat depositum animo intercipiendi, sed differendi restitutionem, quoad veniat tempus restituendi. Sed huic interpretationi repugnat cum ratio ipsa, tum verborum significatio. Repugnat ratio ipsa: quia ibi quaeritur, an furtum fiat cogitatione furti faciendi: ergo supponendum est, depositarium abnegare depositum animo furandi, non differendi restitutionem in tempus magis opportunum. Alioquin exemplum esset alienissimum a quaestione proposite. Praemittitur regula: quod sola cogitatione furtum non fit: subjicitur statim exemplum depositarii ad explicandam regulam, ergo supponitur, depositarium habere animum furti faciendi.

8 Repugnat etiam significatio verborum. *Occultandi* verbum refertur ad factum abscondendi, non ad animum *l. Fulcinus. §. quid sit autem et §. illud sciendum ff. quib. ex caus. in poss. eat. l. 1. C. de his, qui latrones vel alior. crim. reos occult.*

Ovid. *lib. 2. Metamorph.*

—— et arte sua sylvis occultat abactas.

Plaut. *in Trinum.*

Neque latebrose me abs tuo
Conspectu occultabo.

Cic. *pro Leg. Manil.*

Et ita regnat, ut se non Ponto, neque Cappadociae latebris occultare velit.

Et *pro Sextio.*

Corpus senile paludibus occultavit.

Caes. *de Bell. Gall. lib. 6.*

Qui proximi Oceano fuerunt: ii in Insulis se occultaverunt.

Non aliter sentit Paulus in nostra lege: opponit enim eum, qui occultat, illi, qui solum habet animum furti faciendi. Nec illud dici potest, quod satis occultet, qui abnegat. Etenim Paulus hic distinguit eum, qui abnegat, ab eo, qui occultat, et praeter inficiationem, requirit etiam occultationem, ergo diversa est haec ab illa: verbum etiam *abnegandi* demonstrat, hic agi de depositario, qui negat, se habere depositum: non de eo, qui differt solutionem in aliud tempus: hic enim non abnegat depositum *l. quod servus 11. ff. depos.* Plin. *lib. 10. epist.* 97. de Christianis sui temporis. *Seque sacramento non in scelus obstringere: sed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.*

Juven. *Sat.* 13.

Dummodo vel caecus teneam, quos abnego, nummos.

Accedit auctoritas Ulpiani in *l. si quis uxori §. neque verbo ff. de furt.* 9
Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit: hoc enim jure utimur, ut sine contrectatione furtum non fiat. Haec verba comprehendunt etiam eum, qui rem habet in potestate: tum quia generalia sunt: tum quia magis huic conveniunt, quam ei, qui rem non detinet. Quis enim tam fatuus est, ut verbis, vel scriptura profiteatur, se furtum fecisse? Aut quis dubitare possit, eum non facere furtum. Quam absurde tam manifestam sententiam confirmasset Ulpianus illis verbis: *hoc enim jure utimur etc.* Agitur ergo ibi de illis, qui cum rem detineant, negant se accepisse, vel reddituros quod acceperunt. Hos autem negat furtum facere, quia non contrectant, et hoc jure utimur, ut sine contrectatione furtum non fiat. Merito confirmat sententiam suam hac regula in Jure ab omnibus recepta, quia res habet in se difficultatem: et ideo etiam Paulus in nostra *l.* 3. id confirmavit aucto- 10

ritate Sabini, et Cassii et plerorumque Veterum, qui eadem prorsus ratione movebantur, *quia furtum sine contreotatione fieri non potest.* Constat ergo, furtum non facere eos, qui verbo, vel scriptura negant reddere quod detinent. Nec dubitari potest, hic agi de illis, qui negant animo furti faciendi: alioquin enim dixisset Ulpianus, eos furtum non facere, quia sine animo furtum non fit. Absurde confugisset ad necessitatem contrectationis, si deesset solus animus; si ideo furtum non fieret, quia animus deficeret. Falsa esset et inepta ratio illa, si furto obstaret animi defectus, non defectus contrectationis.

11 In eandem sententiam ivit Celsus in *l. inficiando. in princ. ff. de furt. Inficiando nemo furtum facit: neque enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est: sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa facit furtum.* Non potest dubitari, in hac lege agi de depositario, qui inficiatur animo furandi. Ait, quod ejus inficiatio prope furtum est. Atqui hoc omnino falsum esset, si deesset animus furti faciendi. §. *placuit Inst tit. de oblig. quae ex del.* §. *item si is. de usucap. l. qui injuriae* 53. *in princ. ff. de furt.* Nemo igitur inficiando depositum facit furtum, etsi habeat affectum furandi. Ac ne possessionem quidem adipiscitur. Si enim hoc ipso adipisceretur possessionem, quod depositum inficiatur, inepte, imo falso subjecisset Celsus illa verba; *sed si possessionem adipiscatur intervertendi causa furtum facit.* Haec omnino supponunt depositarium inficiando depositum, non adipisci possessionem, quemadmodum traditum est a Paulo in nostra *l.* 3. Ergo praeter inficiationem requiritur aliquis actus, quo possessio intervertatur.

12 Sed scrupulum quibusdam injiciunt verba, quae subsequuntur. *Nec refert in digito habeat annulum, an dactyliotheca, quem cum deposito teneret, habere pro suo destinavit.* Sed supponendum est, eum habere prae manibus, aut in crumena dactyliothecam, sicut supponitur habere in digito annulum; ut exemplum respondeat his, quae antecedunt. Si secum habeat annulum, aut dactyliothecam, sufficit ut annulum pro suo habere destinet, quia annulum, quem fecum habet, contrectat: et contrectando intervertit possessionem, licet annulus conditus fit in dactyliotheca *l. qui saccum ff. de furt.* Quod si quis alteram lectionem praeferat: *nec refert in digito habeat annulum, an dactyliothecam*: res erit expedita. Quam lectionem adjuvat Plinii locus *lib.* 37. *c.* 1. *Gemmas plures, quod peregrino nomine appellant dactyliothecam, primus omnium habuit privignus Syllae Scaurus.* Dubitabam olim, an Celsus, qui Proculejanus erat, potuerit fortasse ab aliis dissentire. Certe Paulus in nostra *l.* 3. citat Sabinum, et Cassium. Cassius autem Sabini discipulus fuit *l.* 2. §. *ult. vers. et Sabino ff. de orig. Jur. l. qualem* §. *nunc videndum ff. de rec. arbitr.*

Sed ad rem redeamus. Non sufficere 13 solam contrectandi potestatem demonstrant Veteres, qui requirunt ipsam contrectationem etiam quotiescumque res est in nostra potestate: quo casu solum animum requirere deberent. *In l. si servus* 14. §. *bove surrepto ff. de condict. furt. Bove surrepto, et occiso, condictio et bovis, et corii, et carnis domino competit: scilicet, si et corium, et caro contrectata fuerunt.* Contrectatus fuit bos: non sufficit: contrectari debet et corium, et caro. In *l. facienda* 8. §. *igitur ff. arbor. furt. caes. igitur si ceciderit, et lucri faciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa.* In *l.* 3. *ff. rer. amot. Et ideo si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenetur.* In *l. Marcellus* 11. *ff. eod. sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, et res amoverunt, rerum amotarum tenentur.* In *l. eum qui* 14. §. *Julianus ff. de*

furt. Non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo ejus esse coeperit, qui eam contrectavit. l. ancilla 60. *ff. eod. Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando furtum facit.* Non dissimilia sunt responsa in *l.* 1. §. 1. *ff. si is qui testam. lib. in l. servi* 17. §. 1. *in l. fullo* 82. *in princ. ff. de furt. in* §. *furtum Inst. tit. de oblig. quae ex del.* ubi Justinianus in depositario non solum requirit, ut contrectet rem depositam: sed etiam id explicat exemplo ejus, qui re deposita utitur, ut demonstret, requiri actum corporis, et veram contrectationem.

14 Neque defendi potest, detentionem conjunctam animo furandi esse speciem contrectationis. Hoc enim falsum esse ipsa loquendi ratio a veteribus semper usurpata convincit, qui numquam usi sunt verbo *detentionis*, semper autem *contrectationis*: convincit etiam ipsa verbi significatio; nam *contrectare*, seu *attrectare*, ut Veteres dicebant, est manibus tractare, et tangere. Quocirca recte Theophilus hanc contrectationem dixit ψηλάφησιν, indicans actum palpandi, et attrectandi rem manibus. Item cum Sabinus existimavit etiam rerum immobilium furtum fieri, ut refert. Gell. *lib.* 11. *c.* 18. reprobata fuit ejus sententia *l. quam rem* 38. *in fin. ff. de usucap. l. verum ff. de furt.* quia res immobiles loco moveri, et contrectari non possunt.

15 Sed omnium luculentissime Pauli sententiam confirmat distinctio tradita in *l. certi condictio* 9. *cum l. seq. ff. de reb. cred.* Deposui apud te pecuniam, postea conveni, ut ea, tamquam mutua utereris: statim mutua fit. Contra si ab initio, cum deponerem, permisi tibi uti cum voles, non fiet mutua sola voluntate, nec sola voluntate dominium et possessionem acquiris; sed tunc cum eam loco moveris. Nimirum ad acquirendum dominium et possessionem, non sufficit animus intus latens: sed necesse est ut erumpat in aliquem actum externum, quo animus ille declaretur: maxime cum agitur de possessione alteri auferenda. Requiritur ergo animus aut cum praesenti conventione, aut cum praesenti contrectatione conjunctus. Animus autem ab omni facto disjunctus nullum habet effectum. Facile enim haec acquisitio impeditur. Quapropter licet thesaurus in meo fundo conditus sit in mea potestate; et a nemine possideatur *l.* 3. §. *Nerva l. Pomponius* 13. *l. si rem mobilem* 47. *ff. de acquir. poss.* Tamen quia perfecte sub custodia mea non est, ejus possessionem non acquiro, nisi loco moveam *l.* 3. §. *quidem putant ff. eod.* 16

Quae de mutuo tradita sunt in *d. l. quod si ab initio ff. de reb. cred.* multo magis statuenda sunt in furto. Primum, quia furtum definitur contrectatio fraudulosa, *l.* 1. §. *ult. ff. de furt.* §. 1. *Inst. de obl. quae ex del.* adeoque de essentia furti est contrectatio: eaque fraudulosa. Licet autem supponamus praecessisse apprehensionem ex causa depositi, tamen illa non est ejusmodi contrectatio, cujusmodi in furto requiritur. Ea enim facta fuit bona fide, et justa de causa, et volente domino: ac propterea nullam fraudem habet adjunctam. Nec fraus, et mala fides superveniens retrotrahitur ad initium *l. un. ad fin. C. de usuc. transform. l.* 2. §. *si defunctus ff. pro empt.* §. *diutina Inst. tit. de usucap.* Nec fingi potest nunc facta contrectatio. Si enim non fingitur in contractu *d. l. quod si ab initio*: quanto minus fingi debet in delicto. Est enim odiosum, nec fingi potest, factum fuisse quod factum non est, et puniri qui vere non fecit. Nec eadem est ratio possessionis acquirendae ex conventione. Nam Possessio est detentio rei: detentio antem habet tractum temporis, et tamdiu durat, quamdiu res est in nostra pote-

stste. Ergo quandocumque superveniat animus, conjungitur cum praesenti detentione *l.* 3. §. *Neratius ff. de acquir. posses.* et implet quod detentioni, et naturali possessioni deerat. *d.* §. *Neratius.* Contra in furto requiritur contrectatio, quae non habet tractum temporis, nec diutius durat, quam quamdiu res attingitur. Quocirca fraus postea superveniens non potest conjungi cum contrectatione, quae multo ante praecessit. Quamobrem deest contrectatio fraudulosa, quia quo tempore supervenit fraus, res amplius non contrectatur.

17 Praeterea si requiritur motio, et attrectatus, ut depositum transformetur in mutunm, hoc est in alium contractum valde similem *l. Lucius Titius* 24. *l. seq.* §. 1. *et l. Publia Maevia* 26. §. 1. *ff. depos.* in contractum, in quo singularia multa recepta sunt *l. singularia ff. de reb. cred.* quanto magis eadem requiretur ut depositum transformetur in delictum? Illa transformatio fit voluntate domini, ac propterea facilius transferri debet possessio, ut initio probavimus. Haec fieri debet invito domino, quod multo difficilius admittitur.

Denique conventio est essentia contractus *l.* 1. *ff. de pact.* Et licet ad mutuum contrahendum requiratur etiam traditio: tamen eadem traditio requiritur etiam in deposito. Praecessit igitur traditio, quae in mutuo necessaria est: et quidem simul cum conventione transfor-
18 mandi depositum in mutuum. Et tamen haec non sufficiunt sine nova contrectatione. Contra essentia furti est contrectatio. Et quamvis etiam affectus furandi requiratur §. *placuit Inst. tit. de obl. quae ex del.* tamen in hoc non consistit essentia delicti: nemo enim cogitationis poenam pati debet. *l. cogitationis ff. de poen.* Eleganter Cato apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 3. *Neminem qui male facere voluit, plecti aequum est: nisi quod factum voluit, etiam fecerit. Facta sola censenda esse, atque in judicium vocanda: voluntates nudas, inanesque negligendas, nec poenis obnoxias esse.* Delictum igitur, adeoque etiam furtum in facto consistit. Nec factum traditionis praecedentis furtum constituere potest: quia hujusmodi factum, nedum furto non convenit, sed maxime repugnat. Subripi enim, et auferri res in furto debet, non recipi a tradente. Ab invito debet auferri, non a volente suscipi. *l. qui vas* 48. §. *qui ex voluntate ff. de furt.* §. *sed etsi credat* 8. *Inst. de obl. quae ex delict.* Optime Papinianus in *l. Procurator* 55. *ff. mand. Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed sibi traditas non reddidit, judicio mandati, non furti tenetur.* Etenim nisi contrectet res inclusas lucrandi animo, furtum non facit: quia praecedens traditio volente domino facta, non est idonea ad furtum faciendum.

His probe constitutis, legum, quae 19
initio opponebantur, prompta, atque expedita videtur explicatio. Primum enim animadvertere oportet, aliam quaestionem a nostra longe diversam tractari in *l. si rem mobilem* 47. *et in l. si quis rem* 20. *ff. de acquir. possess.* In illis non adducitur in controversiam, an solo animo possessio intervertatur. Quocirca (ut aiunt in scholis) supponendi sunt termini habiles; hoc est, supponendum est, ibi concurrisse ea omnia, quae requiruntur ad intervertendam possessionem: licet non exprimantur. In *l. si rem mobilem* proponitur differentia inter res mobiles, et immobiles quoad acquirendam possessionem, ut amittendam. In lege precedenti statuerat Papinianus, ignorantem non amittere possessionem rei immobilis. Nam rei immobilis possessionem amittimus, si aut dejecti fuimus, aut ab occupante exclusi cum revertimur, vel si abjicimus animum revertendi, *l. naturaliter ff. de usurp. et usuc. l.* 1. §. *interdictum autem ff. de vi et vi arm. l. clam possidere. in fin. l. etsi nolit. ff. de acquir. vel am.*

poss. Coeterum quandiu ignoramus, possessionem ab alio occupatam fuisse, eam non amittimus. Et hoc statuitur in *l. quamvis saltus* 46. *ff. eod.* quae praecedit hanc legem. Hoc constituto quaerit deinceps Papinianus in nostra *l. si rem* 47. an idem dicendum sit de re mobili. Et ait rei mobilis possessionem amitti etiam ab ignorante. Itaque si depositarius aut commodatarius ignorante domino invadunt rem depositam, aut commodatam, confestim intervertunt possessionem. Haec est ejus legis sententia. Licet igitur supponat Papinianus interverti possessionem statim ac illi sibi rem possidere, eamque non reddere constituerunt; tamen, ut dixi, supponendi sunt termini habiles: hoc est, eos non solo animo constituere sibi rem habere; sed accedente facto aliquo contrectationis aut loco motionis. Neque enim ibi tractatur ea quaestio; an solo animo possessio intervertatur: sed an intervertatur ignoranti. Itaque supponendum est, concurrere ea, quae sunt necessaria ad intervertendam possessionem. Quemadmodum cum in Jure nostro enunciatur, furti teneri eum, qui contrectat. *l. eum qui* 14. §. *Julianus l. fullo.* 82. *in princ.* et passim. *ff. de furt. l. si servus* §. *bove ff. de condict. furt.* supponendum est, eum habere animum furandi, quia sine affectu furandi furtum non faceret §. *placuit Inst. tit. de obl. quae ex del.* Ita cum hic traditum sit interverti possessionem ignoranti, supponendum est, concurrere contrectationem.

Et hac mente ea se protulisse indicat idem Papinianus in ea ipsa lege. Sic dicit enim. *Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta, atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit.* Hoc argumento probat verum esse, quod dixerat. Si amittit possessionem rei mobilis, qui ejus custodiam omittit, ac negligit, quamvis eam nemo alius invaserit: multo magis illam amittit, cum alius eam invadit. Supponit igitur, depositarium, et commodatarium rem invasisse. Inva- 20
dendi verbum demonstrat actum corporeum apprehensionis, et contrectationis, *l.* 3. §. *si autem ff. de vi et vi arm. l.* 1. §. *socius ff. de usur. l.* 5. *C. unde vi.* Cic. 3. *in Verr. Iste quod argenti placuit invasit: quae mancipia voluit, abduxit,* et in 2. *Philip. In multas praeterea pecunias alienissimorum hominum, ejectis veris heredibus tamquam heres esset, invasit.*

Alia pariter quaestio tractatur a Mar- 21
cello in *l. si quis rem* 20. *ff. de acquir. poss.* in *libro* XIX. *Digestorum.* Marcellus tractabat eam quaestionem, an illi qui rem alienam detinent, eamque jussu domini non tradunt ei, cui jussit, semper intervertant dominum possessione. De commodatario agit in nostra *l. si quis rem* 20. De depositario in *l.* 1. §. *est autem ff. depos.* De colono in *l. colonus ff. de vi et vi arm.* Et in his omnibus distinguit. Aut nullam habebant causam non tradendi rem jussu domini, et possessionem intervertunt; aut habebant probabilem et rationabilem causam non restituendi, et eam non intervertunt. Non quaeritur igitur, an intervertant solo animo: sed an cum causa, vel sine causa: et ideo supponere oportet, concurrere ea, quae sunt necessaria ad intervertendum: sicut expressim adjicitur in *d. l. colonus*, ubi colonus non admisit, adeoque dejecit missum a domino.

Antequam autem alio progrediamur, monendum est, fallax esse argumentum hujusmodi. Furtum est interversio possessionis; intervertitur possessio; ergo furtum fit. Nam et omnis homo est animal; non tamen omne animal est homo. Sed hoc omitto. Primum non semper in furto possessio intervertit possessionem, qui lucrandi usus causa contrectat; et tamen furtum facit. *l. qui jumenta* 40. *l. si pignore* 54. *in princ. l. fullo* 82. *ff. de furt.* §. *interdum Inst. tit. de*

oblig. quae ex delict. l. si sacculum 29. *ff. depos. l. si ut certo* §. *sed interdum et* §. *quin imo l. in rebus. l. ult. ff. commod.* Labeo et Scaevola apud Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Exemplum refert. Valer. Max. *lib.* 8. *c.* 2. *in fin.* Errant igitur qui de furto judicant non ex contrectatione, sed ex interversione posses-
22 sionis. Furti enim essentia in contrectatione consistit, non in possessionis interversione. Et ideo recte Paulus in nostra *l.* 3. a furto ducit argumentum ad possessionis interversionem, non ab interversione ad furtum; ibi *possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest.* Non intervertitur igitur possessio, quia furtum non fit. Neque contrarium est quod ait Scaevola in *l.* 1. §. *Scaevola ff. si is qui testam. lib.* Nam Scaevola solum negat fieri furtum, ubi nullus est possessor: non vero ducit argumentum ab interversione ad furtum. Etenim etiam rei, quae sine domino est, furtum non fit *l. ult. ff. expil. hered.* et tamen furtum non est interversio dominii: imo in furto non aufertur dominium. *l. sive* 10. *ff. de condict. furt. l. alienum* 6. *C. de furt.* Praeterea furtum sine contrectatione non fieri manifesti Juris est *l. si quis uxori* §. *neque verbo ff. de furt. et nostra l.* 3. At vero quod furtum non fiat hereditati, quia nullus est possessor, magna fuit inter Veteres dissensio. Quamobrem cum Trebatius inter scyphos illusisset Ciceronem, quod hoc controversum esse dixisset: citat contrariae sententiae Auctores Sex. AElium, M. Manilium, M. Brutum, qui putarunt hereditati furtum fieri Sed Scaevolae, sententia quae fuit etiam Trebatii, recepta fuit ab Ulpiano, et Paulo. Inter Recentiores etiam valde disputatur, an aliquando fiat furtum, etsi nullus sit possessor. Nam in *l. falsus* §. *si jactum ff. de furt.* et in *l. si homo ff. de usuc.* furtum admittitur, licet nullus videatur esse possessor. Constat igitur, magis proprie convenire fur-

Averani Tom. I.

to contrectationem, quam interversionem adeoque non recte sentiunt, qui posthabita contrectatione solam interversionem possessionis spectandam esse arbitrantur, ut de furto judicetur.

Ad alia jam progrediamur. *In l. alienum C. de furt.* Imp. Alexander agit de 23
eo, qui alienat servum alienum. Hunc autem furtum facere ait, sit aut alienando servum contrectet: aut antequam alienct, apud se detineat: nempe si vel ipsum includat, vel eo utatur. Inanimata non contrectamus, nisi ea attingamus, aut loco moveamus. Servi, et animalia ipsa se loco movent, et cum vel ad nostrum nutum, vel a nobis coacta loco moventur, satis contrectari videntur. Itaque qui aliena pecora abigit fur est. *l.* 2. *ff. de abig.* Et qui servum aut sponte sequentem ducit, aut cogit invitum, aut domi detinet, fur est, quia hoc ipso contrectat. Porro ridiculum esset existimare servi furtum non fieri, nisi cum manibus palpatur. Aufert domino servum, et qui secum ducit, aut agit, aut detinet tam volentem, quam invitum.

In *l. si quis uxori* §. *cum creditorem ff. de furt.* creditor pignus retinet, 24
et celat. Celare dicitur is, qui rem amovet *l. si concubina* §. 1. *ff. rer. amot. l. si stuprum ff. de injur. l. Neratius* §. *quamvis ff. de servo corrupt. l. non statim* §. *ult. ff. de leg. Fab. de plag. l. eum qui C. eod. l. adversus C. de furt.* Quod in ea lege dicitur celandi animo retineri, dicitur celandi animo contrectari in *l. res communis* 45. *ff. pro soc.* Celandi actus corporeus est, et involvit ablationem, occultationem, contrectationem *l. si de eo fundo* §. *servum ff. de acq. poss.*

In *l. falsus* §. *si is qui indebitum ff.* 25
de furt. volens solvebat indebitum, adeoque ipse desinebat animo possidere, nec invito possessio auferebatur. Hoc casu possessio etiam oculis et affectu acquiritur *l.* 1. §. *si jusserim ff. de acquir. poss.* dummodo res praesens sit, et ap-

prehendi possit. *l. clavibus ff. de contr. empt. l. praedia ff. de acquir. poss.* Elegans in hanc rem Javoleni responsum in *l. si pecuniam* 79. *ff. de solut. Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat: nam tum quod a nullo ejus rei possessio corporaliter detinetur, acquisita mihi, et quadammodo manu longa tradita videtur.* Mihi igitur tradita videtur, et a me tangi, et contrectari, cum in conspectu ponitur. Tacit. *lib.* 3. *Nam quo pertinuit nudare corpus, et contrectandum vulgi oculis permittere.* Gell. *lib.* 6. *cap.* 8. *Vetuit in conspectum suum deduci, ut eam ne oculis quidem suis contingeret.* Et quamvis pecunia non ipsi, sed alteri solvatur, tamen cum ejus jussu solvatur, ipsi solvi videtur, et ab eo alteri tradi, et celeritate conjungendarum actionum altera occultatur: ut optime explicat Ulp. in *l.* 3. §. *pen. et ult. ff. de don. int. vir.*

26 In *l. si is qui rem* 66. §. *eum qui ff. de furt.* qui mulionem in Jus vocavit, dolo malo furti tenetur, non quia furtum fecerit, sed quia ope, et consilio ejus furtum factum fuit. Nam mulionem dolo malo iu Jus vocavit, ut interim ab alio mulae subriperentur: adeoque furti tenetur §. *interdum quoque Inst. tit. de oblig. quae ex delict. l. in furti actione* §. 1. *et seqq. ff. de furt.*

27 Ad exemplum fugitivi facile respondetur. Fugae nomen non tam consilii, quam facti est, *l. bovem* §. 1. *ff. de Ædilit. Edict.* et fugitivus intelligitur non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu. *l. fugitivus* 225. *ff. de V. S.* Sed actus, qui requiritur, non est loco motio, sed mansio extra domum domini *l. quid sit fugitivus, in princ. ff. de Ædil. Edict.* ibi *quid sit fugitivus definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa quo se a domino celaret, mansit.* Cum igitur fugitivus definiatur is, qui manet extra domini domum: necesse est, ut qui fugae causa abductus est imprudens, aut invitus, si postea re cognita redire uolit; et fugae causa extra domum domini maneat, sit fugitivus. Contra furtum non est retentio rei alienae, sed contrectatio. 28

Ad Gellii auctoritatem facile respondetur. Nititur ille auctoritate Sabini, quem constat existimasse furtum non fieri sine contrectatione: ex nostra *l.* 3. §. *si rem.* Constat igitur, Gellium agere de eo, cujus ope et consilio furtum fit; ex exemplis, quae affert ex Sabino: et ideo ait, *sola mente atque animo, ut furtum fiat, annitente.* Non igitur ille furtum facit, sed ope, et consilio annititur, ut ab alio furtum fiat.

Plauti autem auctoritati non est deferendum, qui putat etiam errantem, sine animo furandi, furti abstringi.

CAPUT XXIX.

Ad l. si quis conduxerit 46. ff. Locat.

SUMMARIUM.

I. Conductio facta uno nummo nulla est, siquidem nulla sit proportio unius nummi ad usum rei, qui in locatione conceditur, et nummus intervenit ad simulandam locationem, secus vero si conductionis justa merces sit nummus.

II. Inter virum et uxorem donationis causa imaginaria venditio contrahi non potest.

III. Quando quis non decipiendi causa, sed animo donandi in iis causis, in quibus donatio non est interdicta, nummo uno conduxit aut emit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valet jure donationis.

IV. Nummus pro re minima habetur, et unde dictus sit *sestertius.*

V. Donatio antiquitus fiebat nummo uno sestertio, sed hoc Justinianus sustulit.

VI. Solemnitates, quae adhibebantur in mancipatione, sine quibus res alienari non poterant.

VII. Praeter mancipationem inventus est aliter solemnis modus abalienationis, quae dicebatur in Jure Cessio, cujus solemnitates referuntur. Explicatur §. *Aliae autem Instit. tit. de Donat.*

VIII. Per mancipationem, et imaginariam illam venditionem omnes fere actus expediebantur, nam et testamenta, et emancipationes, et adoptiones fiebant.

IX. Locatio et venditio facta uno nummo, quare non valeat.

X. Rejicitur interpretatio illa, quod locatio uno nummo facta non valeat, quia merces consistere debeat in pecunia numerata, qualis non est unus nummus: qua occasione recensentur multa, quae minoris veoibant quam uno nummo; et de vilitate rerum, quae antiquitus erat. *Vinum tricotylum* apud Hesychium est, cujus tres cotylae uno obulo venibant.

XI. Etsi de substantia emptionis sit pretium in pecunia numerata, tamen non est de ejus substantia quod pretium sit justum; iden venditio viliori pretio facta donationis causa subsistit.

XII. Locatio etiam valere debet, si minora mercede fiat donationis causa, quia eadem regulae locum habent in locatione, quae in venditione.

XIII. Ut venditio aut locatio non subsistat, necesse est, universam venditionem, aut locationem donationis causa factam esse.

Ulpianus in *l. si quis conduxerit* 46. *ff. loc.* ait: *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.* Idem confirmat in *l. si quis ante* 10. §. *ult. ff. de acquir. vel am. possess. Si quis et conduxerit, et rogaverit precario ut possideret: siquidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo.*

Quid hoc rei est? annon potest res uno nummo conduci? Certe coquus ille apud Plautum *in Aulularia* nummo conductus erat.

Nummo sum conductus, plus jam medico mercede opus est.

Neque assentior doctissimo Lambino, qui hoc accipit de nummo aureo. Quis enim credat, senem avarissimum, et pauperrimum coquum nummo aureo conduxisse, ut agnum macrum coqueret: aut coquum seni exprobraturum, se nummo aureo conductum fuisse? Pomponius quoque admittit locationem, seu venditionem ususfructus uno nummo factam in *l. si ususfructus* 66. *ff. de jure dot.* §. *ult.*

1 Sed verissime dictum est ab Ulpiano, nullam esse conductionem uno nummo factam, si recte id accipiatur. Neque enim hoc intelligendum est de ea conductione, cujus justa merces sit nummus unus: sed de conductione praedii, vel domus, vel cujuslibet rei, in qua nulla sit proportio nummi unius ad usum rei, qui in locatione conceditur. Tunc enim nummus ille non est merces locationis, sed dicis gratia intervenit ad fingendam simulandamque locationem, ut traditum est in *l.* 4. *ff. commodat* Praeterea lex illa non debet accipi de ea locatione, quae urgente necessitate fit, ne Juris regulae pervertantur, cujus locationis exemplum proponitur in laudata *l. si ususfructus* 66. §. *ult. ff. de jur. dot.* Est igitur id ab Ulpiano dictum de ea locatione, quae est imaginaria, in qua nummus non mercedis causa, nec ut satisfiat subtilitati Juris, sed simulandae locationis causa intervenit. Veluti si maritus uxori donaturus ei locet fundum, vel domum uno nummo *l. creditor* 20. *C. de donat. inter vir. et uxor.* Paul. 2
lib. 2. *Sentent. tit.* 23. *Inter virum et uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non potest.* Vel si alicujus decipiendi causa locatio, aut venditio simuletur. *Nuda enim et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur, l. nuda ff. de contrah. empt.* cujus rei exempla proponuntur in *l. et qui sub imagine* 10. *C. de distract. pignor. in l. qui per collusionem* 49. *ff. de action. empt.*

Quod si quis non colludendi causa, 3
nec cujusquam decipiendi, sed animo donandi in iis causis, in quibus donatio non est interdicta, locationem, venditionem nummo uno contraxerit, licet contractus non valeat jure locationis, vel venditionis, valebit tamen jure donationis: ut in *l.* 1. §. *Divi Fratres ff. de quaestion.* et in *l. cum in venditione ff. de contrah. empt.* ubi Ulpianus ait, quod ille, qui pretium statuit donationis causa non exacturus, non videtur vendere: non tamen negat valere contractum jure donationis, quae hodie sola conventione perficitur *l. si quis argentum C. de donat.* Itaque licet donationis causa

venditio, et locatio non contrahantur *l. sicut emptio ff. locat.* tamen nihil impedit valere donationem *l. empti in fin. C. de contr. empt.*

4 Atque huc pertinent verba illa nostrae legis: *quia et hoc donationis instar inducit*; hoc est, nummus ille, qui praestatur in locatione, non est loco mercedis, sed instar donationis; sicut enim locator donat conductori usum rei locatae; sic conductor donat nummum illum locatori. Donatio tamen est ex parte locantis, non conducentis, quia nummus, qui a conductore praestatur, pro nihilio est. Cic. *ad Attic. lib.* 5. *ep.* 21. *Rationes conferatis: assidunt, subducunt, ad nummum convenit.* Et *pro Q. Rosc. Comaed. Hic tu si amplius sestertio nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti.* Et *pro Rabir. Ecquis est ex tanto populo qui bona C. Rabirii Posthumi nummo sestertio sibi addici velit.* Semper igitur pro re minima ponitur nummus sestertius. Et merito: continebat enim duos asses cum semisse, unde dictus est *sestertius*, quasi *semis tertius*.

5 Quamobrem Veteres cum donationis causa aliquid concedebant, id nummo sestertio addicebant. Valer. Max. *lib.* 5. *M. Cornuto Praetore funus Hirci, et Pansae jussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, tum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia ii pro Rep. dimicantes occiderant, perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis praebentibus addiceretur.* Sveton. *in Caesar. Bello civili super alias donationes amplissima praedia nummo addixit.* Vitruv. *lib.* 1. *cap.* 4. *in fin. M. Hostilius rationibus doctissime quaesitis secundum mare mercatus possessionem loco salubri a Senatu, Populoque Romano petiit, ut liceret transferre oppidum, constituitque moenia, et areas divisit; nummoque sestertio singulis municipibus mancipio dedit.* Vetus Inscriptio. Urbis Romae, quam affert doctissimus Cujac. *lib.* 10. *Observ. cap.* 37. *Hoc monumentum L. Titurius Sabinus se vivo donavit L. Sanio Symphoro, mancipavitque sestertio nummo uno.* Quare in donationibus etiam Justiniani tempore solebant apponi verba illa *Sestertii nummi unius, assium quatuor:* vel ut Cujac. ex Basilicis emendat *sestertio nummo uno assium quatuor.* Tunc enim sestertius erat quatuor assium, ac verba illa significabant rem addictam fuisse nummo uno. Quae verba tamquam superflua sustulit Justinianus *in l. ult. C. de donation.* Superflua autem erant ea aetate, quia non amplius erant in usu solemnes illae mancipationes in donationibus necessariae, maxime cum donationem sola conventione consistere constituerit idem Justinianus in *l. si quis argentum C. de donat.*

Origo igitur addicendi res donatas nummo uno, est a veteri solemnitate mancipationis, in qua imaginaria venditio interveniebat, et ideo vel assis, vel nummus erat necessarius, qui imaginem pretii repraesentaret. Cajus *Inst. tit.* 6. *Mancipatio autem, hoc est, manu traditio, quaedam similitudo venditionis est.* Boet. *in Topic. Ciceron. Mancipatio imaginaria quaedam venditio est: quod ipsum Jus proprium Romanorum est Civium.* Varr. *lib.* 8. *de Ling. Lat. Pro assibus nonumquam aes dicebant Antiqui, a quo dicimus, assem tenentes: hoc aere aeneaque libra.* Erant haec verba, quae proferebat ille, qui rem accipiebat. Sed nemo clarius mancipationis solemnitatem explicat Cajo nostro *l.* 1. *Instit.* cujus verba refert Boetius *in Topicis.* Ejusdem Caji *lib.* 1. *Inst.* de nexu faciendo haec verba sunt: *Est autem mancipatio, ut et supra quoque indicavimus, imaginaria quaedam venditio, quod ipsum Jus proprium Romanorum est Civium: eaque res ita agitur. Adhibitis non minus quinque testibus Civi-* 6

bus Romanis puberibus, et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens; is, qui mancipium accipit, aes tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo: isque mihi emptus est hoc aere, aeneaque libra. Deinde aere percutit libram: idque aes dat ei, a quo mancipium accipit, quasi pretii loco. Cum autem ex lege duodecim Tabularum res alienari aliter non potuerit, nisi adhibita hac solemnitate mancipationis, ut testatur ibidem Boetius, hinc frequentissimus usus hujus imaginariae venditionis nummo uno, vel

7 uno asse. Postea inventus est alter modus solemnis, in Jure cessio, per quam pariter fiebat abalienatio, et dominium de jure Quiritium transferebatur. Cic. *in Topic. Abalienatio est ejus rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in Jure cessio, inter quos ea Jure Civili fieri possunt.* Cessionis solemnia describit idem Boetius. *Apud Magistratum Populi Romani, vel apud Praetorem, vel apud Praesidem Provinciae is, cui res in Jure ceditur, rem tenens, ita vindicat: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. Deinde postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit:* idque legis actio vocabatur. Itaque etiam in donationibus res aut mancipabatur, aut addicebatur nummo sestertio; ut rei dominium de jure Quiritium transferretur in donatarium. Hinc Justinianus in Institutionibus donationem recenset inter modos acquirendi dominium de Jure Civili, et in §. *aliae autem Instit. tit. de donat.* ait: *et ad exemplum venditionis eas etiam in se habere necessitatem traditionis.* Sicut enim olim propter imaginariam venditionem donatio transferebat dominium de Jure Quiritium et necessitatem continebat, quia donator nexu obligabatur: ita post sublatas imaginarias venditiones voluit Justinianus ad exemplum venditionis donationem continere necessitatem traditionis.

Porro mancipationis, et imaginariae illius venditionis erat apud Veteres tam assiduus usus, ut nihil propemodum expediretur sine ea. Nam et testamenta per aes et libram fiebant, in quibus heres defuncti substantiam emebat *princ. tit. Instit. de testam.* Et in emancipationibus liberorum interveniebant imaginariae venditiones §. *praeterea Instit. tit. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. ult. C. de emancip.* Et in adoptionibus *l. ult. C. de adoption.* Sveton. *in Augusto. Adoptavit et Lucium, et Cajum domi emptos per aes et libram a Patre.* et denique in omni fere alienatione rerum mancipi. Imo et obligationes contrahebantur, et dissolvebantur. Varro *lib. 6. de Ling. Lat. Nexum Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipi. Mucius Scaevola: quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam, quae mancipio dentur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur. Nam idem, quod obligatur per libram, neque suum sit, inde Nexum dictum.* Cic. *pro Muraena. Quod si in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum judicii praestare debet, qui se nexu obligavit.* Liv. *lib.* 6. de Marco Manlio, qui addictum liberavit. *Inde rem creditori palam Populo solvit, libraque et aere liberatum emittit.* Fest. Pomp. in voce *Nexum. Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per aes et libram geritur; idque necti dicitur, quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Nexum aes, apud Antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur.* 8

Juxta hunc usum imaginariarum venditionum introductum fuit, ut qui vellet aliquid donare, simularet venditionem, et locationem nummo uno factam privatim, et inter privatos; quo casu. 9

cum non haberet animum locandi, aut vendendi, et cum in venditione et locatione non intervenirent ea, quae sunt de earum substantia, nempe pretium, et merces, quia nummus ille dicis caussa dabatur, utique non poterant consistere contractus venditionis et locationis: Adeoque nulla erat venditio, nulla locatio.

10 Ex his constat, futilem esse, et subtilem potius, quam solidam rationem illam, quam quidam magni Viri excogitarunt: quod merces consistere debet in pecunia numerata, nummus autem unius non est pecunia numerata, quia unitas non constituit numerum: hac enim ratione nec nummo aureo quicquam emi, aut conduci posset: licet enim nummus aureus contineat plures denarios, tamen et nummus argenteus plures asses continet. At hoc dicere absurdum est. Quid? nonne assis minor est nummo sestertio? sestertius enim etiam antiquitus duos asses cum semisse continebat. An igitur dicemus, nullam fuisse emptionem, de qua Martialis:

Asse duos calices emit, et ipse tulit?

Quid? quam multa sunt apud nos, quae quadrante aestimantur, et quotidie emuntur, ut poma, olera, et pleraque alia hujus generis? An igitur dicemus, harum rerum nullam esse venditionem, quia pretium debet consistere in pecunia numerata, et hoc est de substantia emptionis *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* in quadrante autem non consistat pecunia numerata? Certe si pecunia numerata non consistit in nummo uno, multo minus consistet in uno quadrante, qui decima pars est unius nummi. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *M. Varro auctor est cum L. Metellus in Triumpho plurimos duxit Elephantos assibus singulis farris modios fuisse, item vini congios, ficique siccae pondo triginta; olei pondo decem; carnis pondo duodecim.* Refert idem Plin. *lib.* 15. Anno Urbis conditae 505. Appio Claudio Caeci Nepote, et L. Junio Coss. olei libras duodenas assibus venisse. Narrat et Plutarcus in Lucullo, mancipium quatuor drachmis, bovem una, coetera pari vilitate fuisse, cum Lucullus victo Mithridate praedas e Ponto egit. Polybius *lib.* 2. de fertilitate Galliae Cisalpinae narrat suis temporibus in ea Regione viatores nihil cum diversore aut hospite pacisci solitos, sed bene et laute habitos solvisse dimidiatum assem. Solonis tempore Athenis ovis una drachma vendebatur, ut refert Plutarch. in Solone: *vinum tricotylum* apud Hesychium dicitur, cujus tres cotylae obolo venibant. Num igitur harum rerum nulla erat emptio et venditio, ea subtili ratione, quia unitas non est numerus, sed principium numeri?

Praeterea potest donationis causa pre- 11
tium minui, neque hoc repugnat substantiae emptionis; quia etsi de ejus substantia sit pretium in pecunia numerata *l. pacta conventa ff. de contr. empt.* tamen de substantia emptionis non est, ut pretium sit justum; quantitas enim pretii omnino pendet a voluntate contrahentium, quorum conventione in hoc contractu pretium definitur, quod augetur, minuiturve pro affectu, commoditate et sagacitate contrahentium. *l. in causae* 16. §. *idem Pomponius ff. de minor. l. item si pretio* 22. *in fin. et l. seq. ff. loc. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Itaque venditio viliori pretio facta
donationis causa subsistit. *l. si quis do-* 12
nationis 38. *ff. de contr. empt.* Eademque ratione valere debet et locatio, si minore mercede fiat donationis causa, cum eaedem regulae locum habeant in locatione, quae in venditione. *princ. tit. Inst. de locat.* Finge igitur aliquem solitum locare operam suam duobus, aut tribus nummis, et donationis causa viliori mercede locare, nempe uno num-
mo: an non valebit locatio? Ut enim 13
venditio seu locatio non subsistat, necesse est, universam venditionem donationis causa factam esse, ut ait Ulpianus in *d. l. si quis donationis ff. de contr.*

empt. Ideirco in nostra *l. si quis conduxerit ff. locat.* ait recte JC. *quia et hoc donationis instar inducit.* Nempe quia ut irrita sit locatio, necesse est, ut etiam nummus ille, qui loco mercedis esse deberet, donationis instar inducatur, ut initio exposuimus. Ita enim fiet, ut universa locatio donationis causa facta sit. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3. *Minutius Augurinus, qui Sp. Melium coarguerat, farris pretium in trinis nundinis ad assem redegit, qua de causa statua ei extra portam Trigeminam a Populo stipe collata statuta est. Trebius in Ædilitate assibus Populo frumentum praestitit, quam ob causam et ei statuae in Capitolio, ac Palatio dicatae sunt: ipse supremo die Populi humeris portatus in rogum est.* En diminutio pretii donationis causa. Quare eleganter idem Plin. *ibid. Manius Marcius Ædilis plebis primum frumentum Populo in modios assibus donavit.*

CAPUT XXX.

Ad princip. tit. Instit. de servit. praedior.

SUMMARIUM.

I. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi.
II. Qui iter habet, potest non solum pedes, sed etiam equos commeare, et insuper sella, lecticave gestari.
III. *Basterna* apud Veteres erat ea, quam nos lecticam appellamur.
IV. *Burdones* sunt muli ex Equo et Asina.
V. Basternis solae Matronae portabantur.
VI. Lectica et sella gestatoria non a jumentis portabatur; sed a servis, eorum cervicibus imposita.
VII. Ad sepulchrum iter, non actus constituebatur, quia mortui feretro, et sandapila efferebantur, quibus simillima erat lectica.
VIII. Jacentes in lectica portabantur; ideo *lectica* a *lecto* dicta est; et saepe *cubile*, *torus*, *grabatum* appellatur; sedentes vero portabantur in sella gestatoria.
IX. Servi, qui lecticam aut sellam ferebant, *lecticarii* vocabantur.
X. Tot sunt stipulationes, quot res in stipulationem deductae, sed stipulatio lecticariorum una est.
XI. Lecticae ampliores ab octo servis portabantur, et *Octophora* dicebantur; quaedam vero ferebantur a sex, et *Hexaphora* appellabantur; plerumque tamen a quatuor ferebantur; *sellae* etiam a duobus, nam multo brevior erat.
XII. *Carrucae* dissimiles erant lecticis; licet in lecticis etiam dormirent Veteres, et Scaevola mentionem faciat Carrocae dormitoriae.
XIII. Carruca dormitoria quomodo constructa esset.
XIV. Quanta esse debeat latitudo Itineris, Actus, Viae. In servitute itineris constitui potest latitudo, ut quis equo vehi non possit, dummodo ea pedes ire possit, ita pariter in servitute Actus ea latitudo, ut vehiculum ea inire non possit, dummodo tamen jumentum agi possit.

1 *Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum, vel vehiculum agendi. princ. tit. instit. de servit. praed. l. 1. in princ. ff. de servit. praed. rustic.* 2 Potest tamen ille, qui Iter habet, non solum pedes, sed etiam equos commeare, *l. inter Actum* 12. *ff. eod. tit.* et, quod magis est, etiam sella, lecticave gestari, quia hic ire, non agere dicitur *l. qui sella* 7. *ff. eod. tit.* Explicanda sunt haec paulo accuratius, quam a nostris Interpretibus fieri soleat. Etenim apud nos lecticae a mulis, ac burdonibus portantur; et qui lectica gestatur, vehiculum agit, quia nostra lectica vehiculi genus est, et a jumentis portatur. Itaque inter se pugnare videntur illae leges, sed non ita est, ut modo demonstrabimus.

3 Quas nos lecticas vocamus, Veteres dicebant *Basternas*. A *basto* dictae Basternae, *bastum* enim Graeci dicebant, quicquid erat ferendo, ut notavit doctissimus Salmasius ad Lampridii Heliogabalum, quo nomine nos clitellas vocamus. Basternam describit vetus epigramma a Viris doctis hanc in rem prolatum.

Aurea Matronas claudit Basterna pudicas,
Quae radians latum gestat utrumque latus:
Hanc geminus portat duplici sub robore burdo,
Provehit et modico pendula septa gradu.

Isidor. *orig. lib.* 20. *cap.* 12. *Basterna, vehiculum itineris, quasi viae dissitum mollibus stramentis est posita, a* .. ita

bus animalibus deportatur. Ad hanc referendus est textus in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *Item legato continentur mancipia, puta lecticarii, qui solam matremfam. portabant; item jumenta, vel lectica, vel sella, vel Burdones. Burdones* sunt muli ex equo, et
4 asina, Isidor. *lib.* 12. *cap.* 2. *In animantibus bigenera dicuntur, quae ex diversis nascuntur, ut mulus ex equa, et asino, burdo ex equo, et asina.* Itaque burdones in ea lege sunt muli ad Basternam. Continentur autem in legato, in quo uxori relicta sunt ea, quae ipsius causa parata sunt, quia hoc legatum comprehendit ea omnia, quae magis uxoris, quam communis, ac promiscui usus causa parata sunt *l. hoc legatum* 45. *ff. de*
5 *legat.* 3. Basternis autem solae Matronae portabantur, ut constat ex superiori epigrammate, et aliis Scriptoribus, apud quos nusquam mentio hominum in Basternis, semper Matronarum. Ammian. Marcell. *lib.* 14. *Matronae complures opertis capitibus, et Basternis per latera Civitatis cuncta discurrunt.* Vetus Interpres Juvenalis. *Basterna, vehiculum unde speculabantur Matronae.*

6 Lectica autem apud Veteres non a jumentis portabatur, sed a servis, eorum cervicibus imposita. Senec. *epist.* 49. *Non turba servorum lecticam tuam per itinera urbana, ac peregrina portantium.* et *epist.* 111. *Cohors culta servorum lectica formosis imposita calonibus.* et *lib.* 3. *de benefic. cap.* 4. *Quo tandem ab istis gerulis raperis, cubile istud tuum circumferentibus.* Plin. *ad Trajan. Illos ergo humeri, cervicesque servorum super ora nostra: te fama, te gloria, te Civium pietas, te libertas super ipsos Principes vehunt.* Clemens Alexandr. *Paedag. lib.* 3. *cap.* 4. οἱ δὲ τὰ φορεῖα εἰς ὕψος αἴροντες τοῦ γυναικῶν φοράδην βαστάζοντες κελτοί πολλοί.

Multi Germani lecticas mulierum in a tollentes, et cum impetu bajuntes.

Sella quoque gestatoria a servis portabatur eodem modo. Claud. *in* 4. *Consul. Honorii.*

Portatur juvenum cervicibus aurea sedes.

Juvenal. *Satyr.* 9.

——— et duo fortes
De grege Maesorum, qui me cervice locata,
Securum jubeant clamoso insistere Circo.

Et passim occurrunt Poetarum testimonia.

Quamobrem cum neque lectica, neque sella a jumentis veheretur, sed servorum humeris portaretur, recte dixit Jurisconsultus in *l. qui sella* 7. *ff. de servit. rust. praed.* eum, qui sella, aut lectica vehitur, ire, non agere: recteque constitutum est, eum, qui Iter habet, posse lectica, sellave ferri: hic enim neque jumentum agit, neque vehiculum. Quare et ad sepulchrum Iter constitui 7
solebat, non Actus *l. servitutes praediorum* 14. §. 1. *ff. de servitut.* Mortui enim feretro et sandapila efferebantur, cui simillima erat lectica. Itaque apud Gellium *lib.* 10. *cap.* 3. bubulcus ille, cum Legatum lectica ferri videret, per jocum interrogavit, num mortuum ferrent. Et argute jocatur Martial. *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua sit lectica licebit,
Dum tamen haec tua sit, Zoile, sandapila. 8

Jacentes enim, et cubantes in lectica portabantur. Cic. *in Verr. lib.* 4. *Artagathum, et argentum in lectica cubans ad mare infra Oppidum expectabat. Lectica* enim a *lecto* dicta est, et saepe *cubile, torus, grabatum* vocatur. Seneca *de benefic. lib.* 3. *cap.* 4. *Quo tandem ab istis gerulis raperis, cubile istud tuum circumferentibus?*

Ovid. *lib.* 1. *de Arte amandi.*

Interea sive illa toro resupina feretur,
Lecticam dominae dissimulanter adi.

Catull. *Epigram.* 10.

Factum qui veteris pedem grabati
In collo sibi collocare posset.

Et in hoc praecipue differebat a sella gestatoria, quod in hac sedentes portarentur, ut a Viris doctis est observatum, quos tamen praeterfugit Senecae locum *de brevit. vitae. Audio quemdam ex delicatis, cum ex balneo inter manus elatus, et in sella positus esset, dixisse interrogando: jam sedeo?*

9 Servi autem, qui lecticam, aut sellam ferebant, vocabantur *lecticarii*, quorum saepissime fit mentio a Latinis Auctoribus, et a nostris Jurisconsultis non raro, cum de legatis agunt, ut in *l. item* 49. *in princ. ff. de legat.* 3. *in l. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. *in l. peculium* 65. *in princ. ff. de legat.* 2. *in l. servis* 99. §. *servis ff. de legat.* 3. *in l. uxori* 13. *in fin. ff. de aur. et argent. legat. et in l. scire debemus* 29. *in princ. ff. de verb. obl.*

10 In his legibus duo sunt animadversione digna. Primum, quod licet tot sint stipulationes, quot res in stipulationem deductae, tamen stipulatio lecticariorum una est *d. l. scire debemus ff. de V. O.* considerantur enim tamquam unum corpus, sicut quadriga.

11 Alterum est quod in *l. si ex toto* 8. §. *ult. ff. de legat.* 1. proponuntur legati octo lecticarii. Et recte; ampliores enim et laxiores lecticae ab octo servis portabantur, et *Octophorum* dicebatur haec lectica. Martial.

Octo Syris suffulta datur lectica puellae. Cicer. *in Verr. Lectica Octophoro ferebatur, in qua erat pulvinus pellucidus Melitensi rosa farctus.* Sveton. *in Calig. Iter confecit modo festinanter et rapide, interdum adeo segniter et delicate, ut Octophoro veheretur.* Pleni sunt Poetarum libri. Aliquando ferebatur a sex servis, et dicebatur *Hexaphorum*; plerumque a quatuor: sella etiam a duobus, nam multo brevior erat. Juven. *Satyr.* 9.

——— *et duo fortes*
De grege Maesorum, qui me cervice locata,
Securum jubeant clamoso insistere Circo.

Lecticis similes fuisse *Carrucas* existimare quis possit. Etenim in *l. in commoduto* 17. §. *duabus ff. commod.* nominantur Lecticae et Carrucae. et in *l. uxori* 13. *in princ. ff. de aur. et arg. leg.* Scaevola mentionem facit Carrucae dormitoriae: atque in lecticis quoque dormisse Veteres certum est. Juven. *Sat.* 3. 12

Namque facit somnum clausa lectica fenestra.

Et *Satyr.* 1.

Profer Galla caput; noli vexare, quiescit.

Et *Satyr.* 3.

——— *ingenti curret super ora liburno,*
Atque obiter leget, aut scribet, vel dormiet intus.

Sed non ita se res habet. Lectica enim servorum humeris ferebatur, ut diximus, Carruca a mulis vel mulabus, ut constat *ex d. l. uxori* 13. Paul. *lib.* 3. *sentent. tit.* 7. *Carruca cum junctura legata, mulae quoque legatae, nec non mulio videtur, propter quotidianam loquendi consuetudinem.* Hinc mulae carrucariae, apud Ulpianum in *l. Ædiles* 38. §. *quaesitum ff. de Ædilit. Edict.* et muliones in urbano ministerio esse dicuntur a Paulo in *l. servis* 99. §. *muliones ff. de legat.* 3. *et in d. lib.* 3. *sentent. cap.* 7. Praeterea lecticae portabantur, Carrucae quatuor rotas habebant, ac denique in lectica cubabant, ut diximus, in Carruca sedebant. Capitol. *in Maxim. Per publicum veniente vehiculo Antonini Caracalli quod vacuum erat, conscendit, et sedit, et vix aegreque a mulionibus carrucariis deturbatus est.*

Dormitoriam igitur Carrucam apud Scaevolam *in d. l. uxori.* non dissimilem aliis fuisse existimo, sed tamen ita 13

constructam, ut sublata sella jacere in ea, et cubare posset, qui vehebatur, ut fieri solet in nostris lecticis, in quibus gestamur sedentes; sunt tamen quaedam, quibus ad deferendos aegrotos utimur, in quibus jacemus sublata utrimque sella.

14 Ad lecticas, et ad servitutem Itineris revertamur, de qua id tantum subjungam: Iter angustius, quam par est, a quibusdam definiri, itemque Actum. Fest. *Actus, Iter inter vicinos quatuor pedes latum.* Si Viae latitudo est octo pedum, *l. Viae* 8. *ff. de servit. rust. praed.* Actus autem latitudo est quatuor pedum; utique latitudo Itineris subducta ratione erit duorum pedum, qua vix pedes ire potest, nedum equo, aut lectica, sellave gestari. Lecticam enim gestabant servi asseribus in transversum insertis, ac proinde semitae angustiis fuissent impediti, Martial. *lib.* 4. *epigr. in Caecilian.*

Ingenti late vectus es Hexaphoro

Et *lib.* 2. *epigr. in Zoilum.*

Laxior Hexaphoris tua sit lectica licebit.

Magnam hae sellae, lecticaeque desiderant Viae latitudinem, ut transferri possint. Itaque recte Jurisconsulti nostri nullam certam latitudinem Actui, atque Itineri praescripserunt *l. certo generi* 13. §. *latitudo ff. de servit. praed. rustic.* Et Varro multo rectius, quam Festus id definivit. *Actus finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor, quod ea quadrupes agitur.* recte dixit, *finem minimum:* potest enim latior constitui, non minor. Potest enim in Actu constituendo tam angusti loci demonstratio fieri, ut ea vehiculum inire non possit, dum tamen jumentum ea duci possit, *l. si tam angusti* 13. *ff. de servit.* Veluti si fiat demonstratio quatuor pedum, qua jumentum agi poterit, non autem vehiculum, ut innuit Varro d. loco. Est autem hic finis minimus, quia si angustior locus designaretur, per eum agi non posset jumentum, et servitus Itineris, non Actus esset, constituta *d. l. si tam angusti.* Quod de Actu dixi, de Itinere dicendum est. Non poterit in Itinere angustior locus duorum pedum definiri, quia nec pedes posset per eum ambulare. Loco autem tam angusto designato recte constituta erit servitus Itineris, etsi neque equo, neque lectica, aut sella possit commeare *argum. d. l. si tam angusti, et l. Via* 23. *in princ. ff. servit. praed. rust.* At si nihil in constituenda servitute sit definitum, ab Arbitro loci latitudo praescribenda erit *l. certo generi §. latitudo ff. de servit. rust. praed.* et quidem, ut arbitror, tanta, ut ea possimus lectica etiam, ac sella ferri, cum hoc jus habeamus Itineris servitute constituta, *l. qui sella ff. eod.* Non tamen tanta, ut Hexaphoro, aut Octophoro feramur, servitute enim civiliter uti debemus *l. si cui simplicius* 9. *ff. de servit.* Notabantur autem a veteribus tamquam molles, ac delicati, qui Hexaphoro, vel Octophoro gestabantur.

FINIS.

JOSEPHI AVERANII,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

INTERPRETATIONUM JURIS

LIBER SECUNDUS.

Caput Primum

AD LEG. CONSUETUDINIS II.

C. quae sit longa consuet.

SUMMARIUM.

I. Consuetudo tam apud Athenienses, quam apud veteres Romanos semper legi derogavit. Probatur id veterum Scriptorum testimonio et exemplis.

II. Confirmatur ex frequenti legum tum confirmatione, tum revocatione.

III. Explicatur *l.* 2. *C. quae sit longa consuetudo*, et nova affertur interpretatio: adde num. 9.

IV. Tam consuetudo, quam lex priorem legem abrogat, non quod potentior sit, sed quia posterior.

V. In hypotheca plurium dotium tempus attenditur.

VI. Item in testamentis, in quibus posterius praevalet.

VII. Item in datione tutorum; in legatis; in conditionibus: excipitur tamen quoad conditionem institutio, et legatum libertatis.

VIII. Posteriora derogant prioribus. Probatur id pluribus exemplis, et quid Juris in contractibus.

Consuetudine posteriore priorem legem abrogari dubitandum non est. Nam praeter argumenta, quibus id ab Interpretibus nostris demonstratur, constat apud Romanos numquam aliter observatum fuisse. Origo Juris Romani praecipue ducta est ab Atheniensibus, apud
1 quos consuetudine leges abrogabantur. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. *Ejus igitur leges quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto, jussoque; sed tacito, illiteratoque Atheniensium consensu obliteratae sunt.* Itaque et apud Romanos eadem erat consuetudinis auctoritas. Liv. *lib.* 45. *quas ne usus quidem longo tempore (qui unus est legum corrector) experiendo argueret.* Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Passus est enim* (Pop. Romanus) *leges istas de tum immodico supplicio situ, atque senio emori;* et *lib.* 2. *cap.* 24. *Postea L. Sylla Dictator, cum legibus istis senio, atque situ obliteratis plerique in patrimoniis helluarentur* etc. Quintil. *lib.* 3. *cap.* 6. *Ut in duodecim Tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit.* Tacit. *lib.* 6. *Annal. Interea magna vis accusatorum in eos irrupit, qui pecunias foenore auctitabant ad-*

versum legem Dictatoris Caesaris, qua de modo credendi, possidendique intra Italiam cavetur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur. Macrob. *lib.* 3. *cap.* 17. *Dehinc paucis interjectis annis, alia lex pervenit ad Populum ferente Antio Restione, quam legem, quamvis esset optima, obstinatio tamen luxuriae, et vitiorum firma concordia nullo obrogan-
2 *te irritam fecit.* Quamobrem de eadem re multas leges variis temporibus rogatas fuisse accepimus, non alia de causa, quam propter consuetudinem, qua priori legi fuerat derogatum, ut nova lege opus esset ad tollendam consuetudinem, revocandamque legem contraria consuetudine sublatam. Macrob. *d. lib.* 3. *Saturn. cap.* 17. *In ea enim ferenda quaesita est novae legis auctoritas, exolescente metu legis antiquioris. Ita hercules, ut de duodecim Tabulis factum est, quarum ubi contemni antiquitas coepit, eadem illa, quae illis legibus cavebantur in alia Latorum nomina transierunt.* Itaque cum Lex duodecim Tabularum, qua sancitum erat, ne quis unciario foenore amplius exerceret, consuetudine fuisset abrogata, nova lege opus fuit ad ipsam revocandam anno Urbis 398. et de hac re actum saepissime à Plebe, cum nulla tam firma lex esset, quae contraria consuetudine non abrogaretur. Livius *lib.* 7. Corn Tacit. *lib.* 6. *Annal.* et copiose Appian *lib.* 1. *Bell. Civil.* sic etiam T. Sempronius Gracchus anno Urbis 520. renovavit legem C. Licinii Stolonis latam anno 377. qua cavebatur, ne quis plus quingentis agri jugeribus possideret. Sic lex Sempronia primum a T. Sempronio Graccho Trib. Pleb. lata, deinde renovata est a Cornelio Sulla Dictatore, et postmodum a C. Julio Caesare, qua cautum erat, ut per actuarios limites populo jus eundi esset, sicut per viam publicam. Plura exempla praetermitto, ex his enim satis constare arbitror, apud Romanos tantam vim fuisse consuetudinis, ut et priorem legem tolleret, et ipsa nonnisi posteriore lege tolleretur.

Contrarium tamen videtur constitutum in *l. consuetudinis* 2. *C. quae sit longa consuet. Consuetudinis, ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento,
ut aut rationem vincat, aut legem.* Sed 3
non est ita, si verba legis accurate perpendantur. Observata sunt illa verba, *sui momento*, quae non temere ab Imperatore sunt adjecta Constitutioni. Consuetudo abrogat priorem legem, non tamen eam vincit *sui momento*, suis viribus, propria natura. Utrumque verissimum est: neque sunt haec contraria. Consuetudo
natura sua, suisque viribus, et proprio 4
momento non est potentior lege, sed omnino par; itaque eam non vincit, sed tamen ipsi derogat, ipsamque tollit. Sed quomodo eam tollit? non quia sit potentior, suoque momento eam vincat; sed quia est posterior. Lex vincit legem non propriis viribus, non ratione sui momenti; aed ratione temporis, et mutationis voluntatis. Modestin. in *l. ult. ff. de Constit. Princ.* αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν *Posteriores constitutiones potiores sunt his, quae eas praecesserunt.* Cicer. *de Invent. lib.* 2. *Deinde considerando utra lex posterius lata sit: nam postrema quaeque gravissima.* Liv. *lib.* 9. *Ubi duae contrariae leges sunt, semper antiquam abrogat nova.* Quemadmodum igitur in legibus non est considerandum proprium ipsarum momentum, ut sciamus utra alteram abroget, quia omnes eamdem vim habent, cum eadem auctoritate sanctae sint; sed considerandum est utra sit posterior: sic quando lex pugnat cum consuetudine, considerandum est, utra posterior sit, nam cum idem sit utriusque momentum, nec altera alteram vincere possit vi propria, potior, et gravior erit posterior. Quamobrem si lex posterior sit consuetudine, lex tollet consuetudinem:

contra si consuetudo posterior sit, legem tollet, non suo momento, sed ratione temporis.

Exemplis rem explicabo. Uxori concessa est hypotheca pro dote cum privilegio praelationis *l. assiduis C. qui pot. in pign.* Finge concurrere duas uxores in repetenda dote, ut in *Auth. ut exact. instant. Nov.* 91. utraque uxor par habet privilegium, aequale est utriusque robur, neque vi atque momento sui privilegii altera alteram vincere potest, ut ait Ju-
5 stin. *in d. Auth. cap. 1. vers. et dotem etc. non potest dotem praeponere doti, nec hypothecam hypothecis.* Sed tamen prior uxor praefertur posteriori *d. Auth.* Qua de causa praefertur? non vi, et momento sui privilegii, sed ratione solius temporis *d. Auth. et Auth de aequal. dot. Nov.* 97. *cap.* 3. *vers. si qua mulier.*

Aliud sit exemplum in testamentis. Testamentum natura sua non est potentius alio testamento, cum iisdem sole-
6 mnitatibus utrumque perfectum sit. Prius tamen testamentum posteriori rumpitur §. *posteriore Inst. tit. quib. mod. testam. infirm. l.* 2. *l. cum in secundo. ff. de injust. rupt. l. hac consultissima. §. si quis autem, et l. sancimus C. de testam.* non quia hoc sui momento vincat prius, eoque sit natura sua potentius; sed quia posterius est. Itaque si duo extent testamenta, nec constare possit, utrum sit prius, aut posterius, aut utrumque valebit, aut, quod verius videtur, neutrum subsistet. Sublata enim ratione temporis, qua fit, ut posterius praevaleat priori, utrumque habet aequales vires, utrumque aequalia momenta, ac proinde alterum ab altero vinci non potest, et vel utrumque valere debet, vel neutrum, argumento text. in *l. duo sunt Titii.* et ibi gloss. *ff. de testam tut. l. eum qui* 51. *in princ. ff. de acquir. vel om. her.* et ibi gloss. et passim DD. eadem est ratio legatorum, et fideicommissorum *l. clari C. de fideicom. l. si mihi* 12. §. *in legatis ff. de legat.* 1. et dationis tuto-
rum, *l. si hereditas* §. 1. *ff. de testam.* 7
tut. item conditionum adjectarum: novissima enim praevalet priori, praeterquam in institutione heredis, et in legato libertatis *l. tutor datus* §. *ult. ff. de testam. tut. l. quod traditum* 87. *cum duab. seq. l. sub diversis, et l. levissima ff. de condit. et dem.* imo et in legato libertatis datae per fideicommissum posterior scriptura servanda est *l. per fideicommissum* 90. *ff. eod.* haec autem non alia de causa constituta sunt, nisi quia posteriora derogant prioribus *l. Divi* 6. § *licet ff. de jure codicill. d. l. per fideicommissum* 90. *ff. de condit. et dem.* Neque enim praevalent prioribus sui momento, quod majori solemnitate confecta sint, sed ratione solius temporis, et mutatae voluntatis. Eadem de causa etiam pacta novissima derogant prioribus *l. pacta novissima* 12. *C. de pact. l. si unus* §. *pactus ne peteret ff. de pact.* Item contractus *l. si quis ante* 10. *in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. pacta conventa* 72. *ff. de contrah. empt.* Alia exempla peti possunt ex *l. quod jussit ff. de re judic. ex. l. si quis cum procuratorio* 31. §. *ult. ff. de procurator. ex l. in duobus* §. *ult. ff. de jurejuran. ex c. ceterum de rescript. l. si mater C. ne de statu defunct. ex l. illud sciendum ff. de peric. et com. rei vend. et l. si servum* 91. § *sequitur ff. de V. O.*

Ex his constat quid de consuetudine sit existimandum. Si consuetudinem suo momento velimus ponderare, legem non vincet, sicut nec a lege vincetur: paria enim sunt momenta legis, et consuetudinis *l. de quibus* §. *inveterata ff. de legibus.* Derogat tamen legi, si posterior sit; quia quoties duo sunt actus pendentes a voluntate alicujus, ejusdem momenti, ac roboris, si uterque valere non possit, posterior derogat priori, ut constat ex his, quae diximus. In contractibus tamen, in quibus utriusque contrahentis consensus est necessarius, utriusque pariter consen-

sus requiritur, ut posterior priori praeferatur §. *ult. Inst. tit. quib. mod. toll. oblig. d. l. pacta conventa.* alioqui prior posteriori praefereretur, non tamen ratione temporis, sed suo ipsius momento. Quapropter huic sententiae de consuetudine legem abrogante non repugnat *d. l.* 2. *C. quae sit longa consuet.* quia ibi solum agitur de vi propria, proprioque momento cousuetudinis, quod si consuetudo legem vinceret, non solum tolleret priorem legem, sed etiam posteriorem, itaque in ea lege reete negatur, consuetudinem adeo sui momento valituram, ut vincat legem.

CAPUT II.

AD L. SI IN EMPTIONE XXXIV.

In princ. ff. de contr. empt.

SUMMARIUM.

I. Error in re, de qua contrahitur, vitiat omnem contractum.
II. Error contrarius consensui.
III. Error io accessione non vitiat contractum in re principali.
IV. Nec in ipsa accessione.
V. Loca Sacra per accessionem vendi possunt.
VI. Contractus quoad formam sunt individui.
VII. Ambigoa pacta contra qoem interpretanda? et n. 10.
VIII. Quid sit ambiguum? et n. 25. 26. et 27.
IX. Cujacii emendatio.
X. Communis Pragmaticorum sententia. Rejicitur n. 11. et seqq.
XI. Cur ambigua pacta noceant venditori.
XII. Ex pactis venditioni adjectis saepe venditor obligatur.
XIII. Contra venditorem fit interpretatio, etiamsi ipse ex pacto obligetus.
XIV. Proponitur, ac refellitur communis Eruditorum interpretatio.
XV. Pacta venditioni a venditore adjiciuntur.
XVI. Aliquando ab emptore, sed hic interponebat stipulationem.
XVII. In stipolatione verba ambigua contra stipulatorem interpretamur.
XVIII. Pactum de accessione rei interponebatur a venditore.
XIX. Revardi conjectura proponitur, ac rejicitur.
XX. Emptionis et venditionis nominibus promiscue Veteres utebantur.
XXI. Tam nomen emptionis, quam nomen venditionis totum contractom significat.
XXII. Actiones empti et venditi in Jure nostro saepe confunduntur, et altera pro altera accipitur.
XXIII. Modos fundi venditi a venditore dicitur.
XXIV. Error ad ambigui controversiam non pertinet, et aliud est error, aliud ambiguum.
XXV. Error vitiat contractus, non ambiguom,
XXVI. Non est ambiguum ubi apparet voluntas contrahentium.
XXVIII. In obligatione generis, vel alternativa debitoris est electio.
XXIX. Explicatur *l. comprehensum ff. de contr. empt.*
XXXI. Affertur ratio cur praestandus sit Stichus, quem venditor intellexit, non quem eligit.

Paulus ait: *Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit; nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.* Duo sunt in hae lege explieanda. Primum cur valeat venditio. Praeterea cur potius praestandus sit ille Stiehus, quem venditor intellexerit, quam ille, quem intellexerit emptor.

Primum igitur dubitari potest, eur valeat venditio. Etenim satis constat, inter omnes errorem in re, de qua contrahitur, vitiare tum emptionem *l. in venditionibus* 9. *in princ. ff. h. t.* tum stipu- 1
lationem *l. inter* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de V. O.* tum omnes alios contractus *l. in omnibus rebus* 55. *ff. de oblig. et act.* Quia nullus potest esse contraetus sine conventione, et consensu utriusque *d. l. in omnibus, et l.* 1. §. *conventionis ff. de pact* error autem con- 2
sensui contrarius est *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisd. om. Jud. l.* 2. *ff. de judic. l. sed hoc ita* 20. *ff. de aq. et aq. pluv. arc. l. regula* 9. *ff. de Jur. et fact. ignor.* Hine erroris fidejussionem nullam esse respondit Paulus in *l. si quis postquam in fin. ff. de fidejuss.*

Sed tamen verissima est Pauli sententia in hac lege, et communis omnium interpretatio. Si erratum fuisset in fundo, qui principaliter venibat, venditio non valeret, quia error eam vitiaret: sed de fundo convenit, et fuit erratum in Sticho, qui vendebatur per aecessionem. Ita

quc valere debet tum emptio fundi, tum emptio Stichi. Valet emptio fundi, quia in fundo consensum est: nec potest in-
3 firmari emptio fundi per errorem, quo erratum est in accessione. Sicut enim per accessionem non confirmatur principale, *l. quod per manus ff. de jure cod. l. sed si paterfam. in princ. ff. de Senatusc. Maced.* ita nec infirmari potest. Neque consentaneum est, ut accessio, quae vires capit a re principali, vires ejus infringat, et labefactet. Cum igitur valeat em-
4 ptio fundi, valet etiam emptio Stichi. Accessio enim cedit rei principali, ejusque naturam, et robur induit *l. nihil dolo* 129. §. 1. *l. cum principalis* 178. *ff. de Reg. Jur. c. accessorium. de Reg. Jur. in* 6. *l. cum aurum* 19. *alias l. etsi* §. *perveniamus l. vestis* 23. §. *vestimentorum ff. de aur. et arg. leg.* Et sicut quando non subsistit amplius causa principalis, nec accessio locum habet *d. l. cum principalis, et l. eos* 26. *in princ. C. de usur. l.* 4. *C. depos. l.* 6. §. 1. *ff. de leg. commiss. l. proinde* 33. §. *ult. ff. de Ædil. Edict.* ita quoties debetur res principalis, debetur etiam id, quod rei principali accessit: *d. l. proinde* §. *ult. ff. de Ædil. Edict. l. quod si nolit* §. *illud plane ff. eod. l. cum aurum* § *perveniamus ff. de aur. et arg.* Nam omnia, quae dicuntur de venditione rei principalis, dicenda sunt etiam de ea re, quae venit per accessionem *l. ex empto* 11. *alias l. emptorem* 12. §. *si quis rem ff. de act. empt.* quoniam res principalis rapit secum accessionem *l.* 4. *in princ. ff. de pen. legat.* Itaque non solum vitium accessionis non influit in rem principalem; sed ab ipsa quodammodo purgatur, atque dilui-
5 tur. Exemplum esto. Loca Sacra, ac Religiosa cum nullius sint in bonis §. *nullius Inst. tit. de rer. divis.* emi, vendique non possunt §. *loca sacra Inst. tit. de contr. empt. l. si in emptione* 34. §. 1. *et l. hunc legem.* 22. *in fin. ff. de contr. empt.* Verum tamen si non specialiter vendantur, sed emptioni alterius rei accedant, valet eorum venditio, et ad eas petendas emptori datur actio ex empto *l. hunc legem* 22. *cum duabus seqq. ff. de contrah. empt.* Et errat Ant. Fab. qui contra sentit. Tacit. *lib.* 1. *Annal. prope fin. Falanio objiciebat accusator, quod venditis hortis, statuam Augusti simul mancipasset etc. Quae ubi Tiberio notuere, scripsit Consulibus etc. Nec contra religiones fieri, quod Effigies ejus, ut alia Numinum Simulacra, venditionibus hortorum, et domuum accedant.* Aliter rem narrat Dio *lib.* 57. *in fin.* Vide *l. non contrahit* 5. *in fin. cum. l. seq. ff. ad leg. Jul. majest.* Hoc autem multo magis statuendum est in specie, de qua agimus. Etenim cum rei principalis, et accessionis una sit venditio *l. quod si nolit* 31. §. *ult. ff. de Ædil. Edict.* non potest venditio esse partim utilis, partim inutilis, ea de causa, quod desit consensus in accessione: quia consensus est de forma emptionis *Inst. tit. de oblig. ex consens. cum similibus:* Contractus autem quoad 6
formam sunt individui *l.* 1. §. 1. *et l. continuus* 137. *in princ. ff. de V. O.* itaque non potest partim habere formam, partim eam non habere; partim esse, et partim non esse, argum. *text. in l. si ita* 39. §. *ult. ff. de oper. libert. l. pro parte* 11. *in fin. ff. de servit. l. una est* 18. *ff. de servit. rustic. praedior.* Est igitur jure responsum, valere non solum fundi venditionem, sed etiam Stichi, qui accessit venditioni fundi.

Illud omnium, qui umquam fuerunt, interpretum torsit ingenia, quod secundo loco in ea lege traditur, *eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit.* Videtur enim potius deberi Stichus, quem emptor intellexerit. Ambigua atque obscura pacta venditori nocere, toties a Veteribus traditum, ut dubitari ea de re non 7
possit. *l. Veteribus* 39. *ff. de pact. l. cum in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg. Jur.* Prodesset autem venditori, non noceret, si dare posset eum, quem ipse intellexit,

argum. *text. in l. graece* 8. §. *idem Julianus cum seq. ff. de fidejuss.* et noceret emptori, qui cogeretur accipere eum Stichum, quem emere nolebat. Nec dubitari potest ambiguam esse venditionem Stichi, cum plures essent Stichi, et singuli possent eo nomine comprehendi, nec intelligatur quis sit venditus. Isi-
8 dor. *lib.* 2. *cap.* 5. *Ambiguitas est, cum id, quod scriptum est, duas, aut plures res significare videtur.* Fest. *in voce* ambiguum. *Ambiguum est, quod in ambas agi partes animo potest.* Facit text. *in l. cum Stichus* 29. *ff. de solut. l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub.* Et Quintil. *lib.* 7. *Inst. orat. cap.* 9. hoc primum ambigui genus ponit, quod ὁμωνυμία dicitur, *cum singula verba afferunt errorem, cum pluribus rebus, aut etiam hominibus eadem appellatio est, ut Gallus, utrum enim avem, an gentem, an nomen, an fortunam corporis significet, incertum est; et Ajax, Telamonis, an Oilei filius.* Et paulo post. *Unde fere lites, praecipue ex testamentis, cum de libertate, aut etiam de hereditate contendunt ii, quibus idem nomen est: aut quid sit legatum, quaeritur.* Facit ad hanc rem text. *in l. si fuerit* 10. *ff. de reb. dub.* ubi haec luculenter explicantur.

Cujacius Interpretum nostrorum eruditione, doctrinaque, et rerum copia facile princeps, unius voculae mutatione scopulum hunc alacriter est praeterve-
9 ctus. Etenim in explicatione *l. Veteribus ff. de pact.* contendit ita legendum esse: *eum Stichum praestandum, quem emptor intellexerit.* Sed neque possum, si velim; nec vellem, si possem, hanc legem emendare.

Alii vero, inter quos Pragmatici plerique omnes, hoc modo rem expediunt. In ambiguis interpretatio fieri debet contra eum, qui ex obscura conventione aliquid petit, et ex ea sibi aliquem obli-
10 gatum esse contendit: quoniam ille, qui petit, et conventioni innititur, probare debet sibi deberi id, quod petit; nam actore non probante reus absolvitur *l.* 2. *ff. de probat. l.* 4. *C. de edend. l. siquidem* 9. *C. de except. l. negantes* 9. *C. de oblig. et act.* Nec satis probat, qui nititur obscura et ambigua conventione. *c. in praesentia de probat. l. non nudis C. de probat.* Quamobrem in nostra lege fit interpretatio contra emptorem, quia cum ipse Stichum petat, probare non potest, quis Stichus sibi debeatur.

Sed vereor nenon defendi possit haec sententia: ac multa concurrunt simul, qui de ea dubitem. Primum quia nus- 11
quam in Jure nostro traditum est, ideo pacta ambigua nocere venditori, quia venditor ipse sit actor, et probare debeat, quod probare non potest propter obscuritatem pacti: Sed nocere venditori, quia debuit perspicue, ac luculenter, non obscure dicere. *l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt. l. Veteribus ff. de pact l quicquid* 99. *ff. de V. O.* tum quia nihil dicere videtur qui obscure, et perfusorie loquitur. *l. de aetate* §. *nihil ff. de inter. act. l. aut qui aliter* §. 1. *ff. quod vi aut clam,* tum quia plerumque dolo non caret, qui ambigua obscuraque utitur oratione. *l. ea quae* §. *ult. ff. de contr. empt. l. qui libertatis* §. *sed etsi quis ff. de evict.* Et sane nulla non ratio suadet, ambigua et obscura verba nocere debere ei, qui protulit; est enim cur id sibi imputet, cum posset apertius dicere.

Praeterea semper Veteres Jurisconsulti nos monent ut ambigua pacta contra venditorem interpretemur. *l. Veteribus ff. de pact. l. Labeo* 21. *l. cum in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. in contrahenda ff. de Reg. jur.* At si superiorem 12
regulam a Pragmaticis traditam sequi volumus, saepissime ambigua, et obscura pacta contra emptorem pro venditore debemus interpretari: quia saepissime ex pacto adjecto venditioni venditor ipse obligatur, et reus est, non actor *ut in*

l. quod si nolit 31. §. 1. *ff. de Ædil. Edict. l. qui fundum* 40. *in princip. et in* §. 1. *et* §. *dolia l. cum venderes* 59. *l. si cum fundum* 68. *in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur* 6. §. *si vas, et* §. *sed si fundum. l. Julianus* §. *idem Julianus l. si venditor* 38. *in princ. ff. de action. empt. l. quid sit fugitivus* 17. §. *ult. et l. seq. et toto fere tit. ff. de Ædilit. Edict. l. si dictum* 56. *l. quod ad servitutes, et toto tit. ff. de eviction. l. si ex plagis* §. *quidam ff. ad Leg. Aquil. l. traditio ff. de acquir. rer. dom. l. non tantum ff. de Verb. sign. l. is qui duo* 29. *ff. de servit. praed. rustic.* et ubique passim. In his omnibus adjectum erat à venditore pactum, quo ipse venditor obligabatur: itaque aut falsa est illa regula, qua nos monent Veteres, interpretationem faciendam esse contra venditorem, qui dixit: aut falsa est Pragmaticorum regula, qua docemur, interpretanda esse verba contra actorem, pro eo, qui est obligatus.

Denique ut nullus pateat evadendi locus, rem paucis conficiam. Si in venditione sit adjectum hujuscemodi pactum: *Stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*: obligatur hoc pacto venditor em-
13 ptori, quia haec verba significant rei venditae servitutem deberi, ut ait Ulpian. *in l. si arboreum* 17. §. *haec lex. ff. de servit. praed. urban.* Et tamen si non appareat de quibus stillicidiis actum sit, ambigua haec oratio venditori nocet. *l. cum in lege* 33. *ff. de contrah. empt.* ergo etiamsi ex ambiguo pacto venditor obligetur, tamen contra ipsum fit interpretatio.

Respondent postremo loco, ut omnium opiniones refellam, fere omnes politioris literaturae Interpretes: Ambigua verba interpretanda esse contra eum, qui obscure dixit, cum posset dilucide voluntatem suam explicare. Quo fit, ut cum venditioni pacta plerumque adjiciantur
14 a venditore, noceant ipsi venditori, qui ambigue locutus est. Atqui in nostra lege ideo verba ambigua nocent emptori, non venditori; quia verba illa protulerat emptor, non venditor: et emptioni Stichum accessurum emptor ipse dixerat; suaeque stupiditati, vel negligentiae, ferat acceptum, si non habet servum, quem voluit. Ac si possent probare pactum illud ab emptore adjectum fuisse, nihil jam mutare auderem. Sed cum nullam afferant conjecturam, divinare mihi videntur, et hariolari.

Imo vero ego contra existimo probari posse satis evidenter, pactum illud a venditore adjectum fuisse. Primum quia 15
pacta a venditore semper adjiciuntur, ut observare poterit, quicumque nostrum Jus Civile diligenter evolverit. Et ratio est, quia nemo cogitur ad vendendum invitus *l. nec. quasi publicianum* 70. *ff. de rei vindic. l. non aequum ff. rerum amot. l. invitum* 11. *l. dudum* 14. *C. de contr. empt.* ac propterea rei suae, quam vendit, legem dicere debet, quam voluerit *l. legem C. de pact.* est enim rei suae moderator et arbiter *l. in re mandata C. mand.* Eleganter Plaut. in *Captiv. act.* 1. *scen.* 2.

Quasi fundum vendam, meis meis addicam legibus.

Et in *Epidic. act.* 3. *scen.* 4.

Estne empta mihi haec? Periph. *istis legibus habeas licet.*

Imo ipse venditor pretium indicabat. Idem in *Pers. act.* 4. *scen.* 4.

S. *Indica, fac pretium.* D. *tua merx est, tua indicatio.*

Respondent quidem illi, quod licet pacta plerumque a venditore adjiciantur; aliquando tamen adjiciuntur etiam ab 16
emptore *l. haec venditio* 7. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *l. cum manus* 80. §. 1. *ff. de contr. empt.* Sed nemo non videt has leges ad rem non pertinere. Non tamen constanter negaverim, aliquando ab emptore pacta adjecta fuisse, sed fortasse emptor, quantum conjectura assequi possum, de pactis a se adje-

ctis interponebat stipulationem, ut in *l. cum ab eo* 41. *in princ. ff. de contr. empt. l. evicta re* §. *ult. l. si ita quis ff. de evict. l. Labeo.* §. 1. *ff. de Ædil. Edict.* et alibi passim. Varro *de re rustic. lib.* 2. *cap.* 1. *In emptione alias stipulandum esse e valetudinario, alias e sano pecore, alias e neutro.* et *eod. lib. cap.* 2. *Emptor stipulatur prisca formula sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra surdum, luscam, minam, id est, venire glabro, neque de pecore morboso esse, habereque licere; haec sic recte fieri spondes?* Et *cap.* 3. *Illas capras hodie recte esse, et bibere posse, habereque recte licere, haec spondesne?* et similes stipulationes proponit capitibus, quae subsequuntur: et *cap.* 10. *In pastorum emptione solet accedere peculium, aut si excipiet, stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis, noxisque solutum.* Harum autem stipulationum formulas composuerat Manilius Jurisconsultus, unus ex iis, qui Jus Civile fundasse dicuntur a Pomponio in *l.* 2. §. *post hos* 39. *ff. de Orig. Jur.* a quo dicebantur *actiones Manilianae.* Varr. *de re rust. lib.* 2. *cap.* 3. *et* 5. *et* 7. vel leges Manilianae Cic. *lib.* 1. *de Orat. Nec quisquam est eorum, qui, si sit addiscendum sibi aliquid, non Teucrum Pacuvii malit, quam Manilianas venalium vendendorum leges ediscere.* Sed ad rem redeamus. Aliquando etiam stipulatio necessaria erat, ut in *l. quod si locus ff. de relig. et sumpt. fun.* Itaque cum emptor stipularetur ea, quae volebat adjicere, ut de sanitate, de dupla, de evi-
17 ctione, utique contra ipsum emptorem fiebat interpretatio, quia in stipulationibus ambigua et obscura verba nocent stipulatori. *l. quicquid adstringendae ff. de V. O. l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus ff. eod. l. cum quaeritur ff. de reb. dub.* Pacta igitur a venditore adjiciebantur, quoniam venditor de iis non stipulabatur, et quicquid adjiciebat rei suae, et venditioni legem dicens, pactum a venditore adjectum dicebatur.

Sed ut ad rem propius accedam, animadverto, in nostra lege agi de eo pacto, quo convenit inter contrahentes, ut servus accederet venditioni fundi: hujusmodi autem pacta, quibus cavebatur, 18
ut aliquid accederet venditioni rei principalis, semper adjiciebantur a venditore: ut in *l. qui fundum* §. 1. *et* §. *dolia ff. de contr. empt.* observando, quod omnia verba ejus legis referuntur ad initium legis, et reguntur a casu recto, *venditor*, qui initio positus est: item in *l. si cum fundum* 68. *in princ. ff. de contr. empt. l. tenetur* 6. §. *sed si fundum ff. de act. empt. in l. ex empto* 11. §. *si quis rem, alias l. emptorem* 12. *ff. eod. l. si quis cum fundum* 26. *l. quicquid venditor* 27. *l. si mercedem* 53. *ff. eod. l. insulam* 58. *in princ. ff. locat. l. proinde* 33. *ff. de Æd. Edict. l. servi.* 5. *ff. de evict. l. quod ad servitutes ff. eod. l. Insulam ff. qui pot. in pign. habeant.* Nusquam autem in Jure nostro reperiri arbitror, ejusmodi pactum ab emptore adjectum fuisse. Imo et quod pretio accedere debebat, venditor dicebat. Recte venditor apud Plaut. in *Pers. act.* 4. *sc.* 4.

Heus tu, etiam pro vestimentis huc decem accedant minae.

Quis igitur tam perfrictae frontis erit, ut sine exemplo, sine conjectura audeat affirmare, in nostra lege illud ab emptore adjectum fuisse, seque nobis id putet posse persuadere?

Doctissimus Raevardus, et quidam alii sagaciores, et emunctae naris Interpretes, ut qualemcumque conjecturam adducant, ob- 19
servant verba illa legis: *Si in emptione fundi dictum sit etc.* Si dictum fuit in emptione, utque dictum fuit ab emptore: quia emptio ad emptorem refertur, et ab emptore contrahitur, sicut venditio refertur ad venditorem, et a venditore contrahitur.

Sed nihili est haec observatio, nam paucis verbis interpositis, *venditionem* appellat Jurisconsultus, quam modo *emptionem* nominaverat: ibi, *nihilominus fundi venditionem valere*. Veteres enim in emptione, ac venditione appellationibus promiscue utebantur, ut ait Gajus
20 in *l. Veteres* 19. *ff. de act. empt.* Quamobrem id ab iis frequenter usurpatur, ut quod modo emptionem dixerant, paulo post venditionem nuncupent, ut in *l. 2. §. 1. in l. haec venditio 7. §. hujusmodi. cum seqq. in l. nec emptio 8. §. aliquando in l. in venditionibus 9. in fin. juncta l. seq. in l. et si 15. in princ. in l. quod saepe 35. §. in his. l. si duos 44. l. res 54. l. fundus 64. ff. de contr. empt. l. cum autem §. 1. ff. de Ædilit. l. quod si nolit. 31. §. ult. ff. eod.* Et ratio est, quia qui emptionem dicit, complectitur etiam venditionem: et contra qui nominat venditionem, comprehendit etiam emptionem. Nam et nomen emptionis totum contra-
21 ctum significat *l. 1. in fin. l. 2. in princ. l. 3. et 4. l. in venditionibus* 9. et alibi passim *ff. de contr. empt.* et nomen quoque venditionis de toto contractu dicitur *l. 2. §. 1. l. 7. in princ.* et ubique *ff. eod.* quia nec emptio sine venditione, nec venditio sine emptione esse potest. Hinc nomen venditionis aliquando ad emptorem refertur, et emptor dicitur adimplere venditionem *l. domum* 57. *in fine principii ff. de contr. empt. l. si ita 25. et l. si duos 44. ff. eod.* Imo cum ex hoc contractu duae nascantur actiones *empti, et venditi* inter se separatae: atque dissimiles (nam actio empti datur emptori ad consequendam
22 rem venditam *l. ex empto 11. in princ. ff. de act. empt.* contra actio venditi datur venditori ad consequendum pretium *l. Julianus 13. §. ex vendito ff. eod. l. 1. ff. de rer. permut.*) tamen aliquando actio empti nuncupatur a Veteribus actio venditi, ut in *l. sed hoc nomine* 26. *et in l. si cum venditor* 66. §. 2. *ff. de evict. in l. ex conventione C. de pact. in l. 1. C. sine censu vel reliq.* Contra vero actio venditi vocatur actio empti *l. un. C. si servus extero se emi mand. l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de action. empt.* Sed harum actionum nomina raro admodum confunduntur, quia altera cum altera nihil commune habet: at in appellationibus emptionis, et venditionis nulla regula observatur: quia nulla causa est cur hunc contractum venditionem potius appellemus, quam emptionem. Itaque quod in nostra lege ita enuntiatur: *si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum,* in *l. proinde* 33. *ff. de Ædil. Edict.* aliter hoc modo dicitur: *quod in venditione accessurum esse dictum est.* Et in *l. quod si nolit* 31. §. *ult. ff. eod. Quod emptioni accedit, partem esse venditionis, Prudentibus visum est,* et alibi venditioni accedere aliquid dicitur, ut in *l. 1. §. 1. vers. et si quid aliud ff. eod. l. cum autem* 23. §. 1. *l. quod si nolit.* 31. §. *restitui* 19. *ff. eod. l. itaque* 32. *in fin. l. seq. in princ. l. justissime. in princ. ff. de Ædil. Edict. l. venditi in fin. C. de act. empt.* Adeo verum est, ex his verbis nullam satis idoneam duci posse conjecturam. Et sane quod emptio nominetur, etiam ubi aliquid a venditore dictum est, satis constat: quia in agro fundoque vendendo modus a venditore dicitur. *l. si* 23
in qualitate 22. *l. si duorum* 42. *ff. de act. empt. l. qui fundum §. qui agrum ff. de contr. empt.* absurdum enim esset modum rei venditae ab emptore dici, cui ea tantum de causa dicitur, ut sciat quantum agri emat: et tamen, licet modus a venditore dicatur, saepe Veteres modum fundi venditi in emptione dictum ajunt, *l. si in emptione* 2. *ff. de act. empt. et l. Julianus §. si Titius ff. eod.* Plura omitto: neminem enim futurum arbitror, qui de his possit dubitare.

His expositis constat, quam variae sint hac de re Interpretum nostrorum sen-

tentiae. Ac mihi quidem, ut dicam quod sentio, nodum in scirpo quaerere videntur. Existimo enim hanc legem ad ambigui controversiam non pertinere. Duo igitur sunt explicanda. Primum, quod haec lex perperam allegatur, ubi de ambigui interpretatione disputatur. Deinde, cur praestandus sit ille Stichus, quem venditor intellexerit.

Non pertinet haec lex ad ambigui controversiam: quia in ea erravisse contrahentes supponit Paulus; supponit enim de alio servo emptorem, de alio sensisse venditorem. Aliud est errare; aliud
24 ambigue pacisci. Distinguuntur haec in *l. heredes* 21. §. 1. *ff. qui test. fac. poss.* Errant in re contrahentes, quoties in eadem re non conveniunt; sed aliquis eorum de una re, alter de alia sentit, seque contrahere putat: erratur enim quoties aliud pro alio accipitur. *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisd. om. Jud. l.* 2. *in princ. vers. aut si putaverunt ff. de jud. l.* 9. *in princ. ff. de contr. empt. l. inter stipulantem* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *ff. de verb. obl.* §. *si de alia. Instit. tit. de inut. stipul.* Plaut in *Amphitr.*

Qui me Amphitruonem rentur, esse, errant probe.

Itaque in nostra lege erraruut contrahentes, cum de alio emptor, de alio venditor senserit, et uterque putaverit, se de eodem sensisse. Quocirca quaerit ibi Paulus, an valeat venditio. Absurde hoc quaereretur, si ibi ageretur de ambiguo. Hoc enim non vitiat contractum. Ambigue vero pacisci dicuntur contrahentes, quoties non satis constat quid senserint contrahentes, nec apparet quid actum sit: ac propterea confugiendum est ad interpretationem verborum. Quamobrem error vitiat omnes contractus, quia quandocumque constat de errore, constat etiam de dissensu contrahentium
25 ex *dd. ll.* Ambiguitas autem, et obscuritas non vitiat, quia non constat dissensisse contrahentes, et interpretatione res expeditur *l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur.* cum similibus. Quod si constet quid actum sit, et appareat quid senserit ille, qui ambigua verba protulit, non amplius dubia, obscura, incerta res est, cum in conventionibus voluntas potius, quam verba spectentur. *l. in conventionibus ff. de V. S.* Eleganter ad rem nostram Cic. *lib.* 2. *de Invent. Ex ambiguo autem nascitur controversia, cum quid senserit scriptor, obscurum est.* Auct. *ad Heren. lib.* 2. *Nec esse ambigue scriptum, cum intelligatur utra sententia vera sit.* Quintil. *lib.* 7. *Instit. cap.* 9. *Ideoque frustra praecipitur, ut in hoc statu vocem ipsam ad nostram partem conemur vertere, nam si id fieri potest, amphibolia non est.* Pomponius *in l. cum in lege* 33. *ff. de contr. empt. primum spectari oportet quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet, quia ambigua oratio est.* Igitur ambigua oratio est, quae venditori nocet, cum non apparet, quid actum sit, cum incidit voluntatis quaestio, cum quaeritur de voluntate *l. cum quaeritur* 26. *ff. de reb. dub. l. cogi* 16. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si peculium* 10. §. *ult. ff. de man. test. l. evicta* 16. §. *si servus. vers. tametsi ff. de evict.* Itaque in Jure nostro opponuntur haec inter se: apparet quid actum sit: et res est in obscuro. *l. cum manu* 80. §. *sylva ff. de contr. empt. l. si quis vina* 4. *in princ. ff. de peric. et com. rei vend. l. Titius* 48. *ff. de act. empt.* Id enim, de quo constat, est exploratum, et non dubium, non ambiguum; hoc est, ambiguo contrarium. Hinc quae in jure certa sunt, non ambigui Juris esse dicuntur *l. curatorem* 10. *C. qui dar. tut. poss. l. ult. C. de crim. expil. hered. l. ult. C. de fidejuss. tut. l.* 9. *C. de collut.* Quae aliter dicuntur, Juris explorati *l.* 7. *C. de usufr. l.* 7. *C. de rei vind. l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 1. *C. si cert. pet.*

l. 8. *C. quod cum eo l.* 6. *C. de pact.*
conv. et passim.

Cum igitur in nostra lege supponat
Paulus de alio Sticho emptorem, de alio
26 sensisse venditorem, certum est pactum,
et non ambiguum, ac nulla incidit vo-
luntatis quaestio; quare nec conjecturis
opus est ad indagandam contrahentium
voluntatem, nec admittitur interpretatio.
l. continuus §. *cum ita. in fin. ff. de*
verb. oblig. l. pediculis §. *argento ff.*
de auro, et arg. leg. l. in lege 77. *ff.*
de contr. empt. l. cum manu 80. §. *syl-*
va ff. eod. l. cum in lege 33. *in fin. ff.*
eod. In ambiguis enim et obscuris, ut
in quibus incertum est quid acti sit, de-
sideratur interpretatio. *l. in ambiguis,*
et l. in contrahenda 172. *ff. de Reg.*
Jur. l. rapienda 168. §. 1. *l. ea quae*
192. §. 1. *ff. eod. l. nepos* 125. *ff. de*
V. S. l. stipulatio ista 38. §. *in stipu-*
lationibus ff. de V. O. l. cum in testa-
mento 24. *ff. de reb. dub. l. in Prae-*
toriis 9. *ff. de Praet. stipul.* Cic. *lib.*
2. *de Invent. Cum lex contractus aper-*
te scripta est, Judex ei parere debet,
non interpretari.

Sed, inquiet aliquis, Stichi nomen,
quo usi sunt contrahentes, ambiguum
est, *l. ubi ff. de reb. dub.* Est utique
ambiguum: non hoc negamus. Atqui nul-
lum fere verbum ambiguum non est, ut
ait Cicero: sed cum constat quid sense-
rint contrahentes, non est amplius am-
biguum, nam id solum singificat, quod
voluerunt contrahentes, non utrumque
l. 3. *ff. de reb. dub. l. nepos* 125. *ff. de*
V. S. l. in ambiguis 96. *ff. de Reg. Jur.*
quia voluntas potius, quam verba spe-
ctantur *l. in conventionibus ff. de V. S.*
Auct. *ad Heren. lib.* 4. *per ambiguum,*
cum verbum potest in duas pluresve sen-
tentias accipi, accipitur in eam partem;
quam vult is, qui dixit. Sed rursus op-
ponet aliquis. In nostra lege ita Paulus:
Si in emptione fundi dictum sit accede-
re Stichum servum, nec intelligatur,
quis ex pluribus accesserit. Ambiguum
igitur, quia non intelligitur quis ex plu-
ribus accesserit. Non ita est. Aliud est, 27
quod non intelligatur, quid senserint
contrahentes: aliud, quod non intelliga-
tur, quis accesserit. In nostra lege in-
telligitur quid senserint contrahentes,
quia de alio emptor, de alio venditor
sensit: non tamen intelligitur, quis ac-
cesserit venditioni, quia in eodem servo
non convenerunt contrahentes: et nisi
hoc a Jure statuatur, id neque ex ver-
bis, neque ex mente contrahentium po-
test intelligi; quia tam verba, quam vo-
luntas utrumque Stichum comprehen-
dunt, cum tamen unus tantummodo de-
beat accedere. Idemque accidit in omni
errore: nam licet constet, non convenis-
se contrahentes; non tamen intelligitur
utra res in contractum deducta sit; cum
hic de illa, ille de alia re senserit, at-
que contraxerit.

Veniamus ad id, quod secundo loco
proposuimus explicandum. Cum non sit
ambiguum pactum, non est interpretan-
dum contra venditorem, quia nulla opus
est interpretatione. Imo servus ille prae-
standus est, quem venditor intellexerit.
Quid ita? quia cum contrahentes errave-
rint, si quidem servus non esset vendi-
tus per accessionem, non valeret emptio:
sed cum valeat emptio, quia per acces-
sionem venditus est, ut initio exposui-
mus, nulla causa est, cur dicamus
hunc potius, quam illum fuisse vendi-
tum. Emptor probat, se de hoc sensis-
se: contra venditor probat, se sensisse
de alio: uterque videtur in obligationem
deductus, non quod uterque sit prae-
standus, sed quod alteruter ex his duo-
bus sit praestandus. Eo itaque res redit, 28
ut videatur venditus Stichus, vel in ge-
nere unus ex illis duobus, quos habebat
venditor; vel alternative, hic, aut ille
Stichus: utroque enim modo res eodem
recidit. Atqui si venditus esset Stichus
in genere, vel alternative, praestandus
esset ille, quem venditor intellexit, et
elegit. *l. si ita* 25. *et eadem l. si in em-*

ptione 34. §. pen. ff. de contr. empt. Nam in contractibus quoties plures res in genere, aut alternative deducuntur in obligationem, debitoris est electio *l. qui ex pluribus* 106. *ff. de verb. obl. l. plerumque* 10. *in fin. ff. de jur. dot. l.* 2. §. *Scaevola ff. de eo quod cert. loc.* §. *si quis agens* 33. *vers. huic autem. Inst. tit. de act.* Et hanc sententiam mirifice
29 probat text. in *l. comprehensum* 60. *ff. de contr. empt.* ibi: *comprehensum erat in lege venditionis dolia sexaginta emptori accessura, cum essent centum: in venditoris fore potestate responsum est, quae vellet dare:* (ac ne possint hic Interpretes captare verbum *emptionis*, ut in nostra lege: observandum hic nominari venditionem) sic in nostra lege dictum erat accessurum Stichum, cum duo essent Stichi servi, utique in potestate venditoris est, quem velit dare; nempe
30 quem probat, se voluisse accedere Similis est text. *in l. si servus, penult.* §. *ult. ff. de act. empt.* in qua est observandum, quod continetur ejusdem Labeonis sententia a Paulo confirmata, quemadmodum in nostra lege *si in emptione* 34. *ff. de contr. empt.*

Postremo ad explicationem ejus legis animadvertendum est, quod ait Paulus, *eum servum praestandum, quem venditor intellexerit:* non vero *quem venditor elegerit*, quia, cum non possit constare, de alio sensisse venditorem, nisi id ipse
31 probet: utique eum ipsum dare vult: frustra enim contenderet cum emptore, si vellet ei dare servum illum, quem emptor desiderat, ac voluit accedere venditioni. Itaque hunc ipsum venditor elegit, quem intellexit, et quem accedere voluit; nam si hunc non eligeret, emptori daret eum quem petiit, nec contenderet, se de alio sensisse. Nec aequum est, ut cum voluerit unum vendere, atque eo animo contraxerit, mutet modo voluntatem, et alium eligat; neque enim in contrahendo reservavit sibi electionem, aut eo animo contraxit, ut postea eligere posset; ut evenit in eo, qui contrahit de re in genere, vel disjunctim: sed contraxit ea mente, ut se obligaret ad dandum Stichum, quem tunc intellexit, adeoque non potest mutare electionem.

CAPUT III.

AD L. GRÆCE 8. §. ILLUD *commune ff. de fidejuss.*

SUMMARIUM.

I. Explicatur *l. Graece* 8. §. *illud commune ff. de fidejuss.*
II. Quid significet verbum *omnino*, et *omnino non*, tam apud Veteres Scriptores, quam apud Veteres Jurisconsultos.
III. Qui de universis loquitur, nihil excipit.
IV. Fidejussor in duriorem causam adhibetur quatuor modis.
V. Verba, *non in solidum*, convenire non possunt fidejussoribus, qui loco, tempore, aut causa plus promittunt.
VI. Hi nullo modo, nullaque ex parte obligantur.
VII. Generaliter et sine ulla exceptione semper traditum est, fidejussores in duriorem causam accipi non posse.
VIII. Fidejussor non solum obligari, sed etiam accipi, et adhiberi in duriorem causam prohibetur.
IX. Aliud est accipere fidejussorem: aliud eum obligari.
X. Vitium in forma vitiat actum.
Forma non potest supplere, neque actus redigi potest ad formam Juris.
XI. Utile per inutile non vitiatur.
XII. Haec regula non habet locum, cum vitium est in forma actus.
XIII. Fidejussor plus promittens in aliam obligationem accipi videtur.

Nescio, quo fato factum fuerit, ut, cum et a Veteribus Jurisconsultis traditum sit, et ab Antiquis Interpretibus constanter approbatum, fidejussorem promittentem majorem quantitatem, quam debeat reus principalis, non obligari: postea repente ab Interpretibus nostris in contrariam sententiam itum fuerit, ad quam tuendam perversa interpretatione coguntur detorquere Ulpiani verba in *l. graece* 8. §. *illud commune ff. de fidejuss.* 1
Ait Ulpianus: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur,*

quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari. Verbum illud *omnino* interpretantur, *in solidum*: quasi dixerit Ulpianus, eos quidem in solidum non obligari, sed pro parte, videlicet pro ea parte, pro qua tenetur reus principalis. Sed haec interpretatio et est contra rectam rationem Latini sermonis, et est plane absurda, et falsam sententiam continet.

Est contra rectam rationem Latini sermonis quia verbum *omnino* nunquam significat *in solidum*, sed *prorsus*, *funditus*, *plane*, *utique*. Cic. *Tuscul.* 1. *omni-*
2 *no, aut magna ex parte liberatus.* Opponuntur haec *omnino* et *magna ex parte*. Id. *pro Cornel. Balb. Quae labore hujus aut omnino, aut certe facilius consequuntur.* Idque praesertim postposita adjectione negante, *omnino non*, *omnino nunquam*, et similibus. Cic. *lib.* 2. *Orat. Poetas omnino, quasi aliena quadam lingua loquutos, non conor attingere.* et *lib.* 3. *ad Attic. epist.* 23. *Scis enim Clodium sanxisse, ut vix, aut omnino non posset, nec per Senatum, nec per Populum infirmari sua lex.* Opponuntur *vix*, et *omnino non*. Id. *lib.* 2. *de Orat. Theopompus, et Ephorus Isocrate Magistro impulsi ad industriam se contulerunt: causas omnino nunquam attingerunt.* et *de Amicit. omnino nusquam reperiri*: et alibi: *omnino nequaquam par.* et alio loco: *ut non multum, aut nihil omnino Graecis cedamus.* et *lib.* 1. *ad Lentulum. epist* 7. *eoque, quae de ea scripta est auctoritas, cui scis intercessum esse, ut ne quis omnino Regem reduceret.* Horat. *Sermon. lib.* 2. *Sat.* 8.

——— *Ut nihil omnino gustaremus.*

Terent. *in Andria.*

Nempe huic prorsus illam non dat.

Id. *in Eunuch. Illum liquet mihi dejerare his mensibus, sex, vel septem prorsum non vidisse proximis.*

Nec aliorsum in Jure nostro usurpantur haec verba. In *l.* 1. §. *ult. ff. de oblig. et action. Non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit.* In *l. continuus* 137. §. *cum quis ff. de V. O. Cum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram Titius vendiderit, ubi conditio Jure impleri omnino non potest.* In *l.* 1. §. *sed utrum ff. de eo, qui pro tutor. et si quidem omnino non attigit tutelam, non tenebitur.* In §. *item surdus Instit. tit. quib. non est promiss. fac. testam. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non de eo, qui tardius exaudit.* In §. *mutum Instit. tit. de inut. stipul. unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit.* Est etiam absurda haec interpretatio, absurdam enim sententiam affingit Ulpiano. Quod ut demonstremus, duo praemittenda. Primum quod hic agit Ulpianus de omnibus fidejussoribus, qui in duriorem causam adhibentur. *Illud commune est in uni-* 3
versis. Cic. 4. *Acad. quaest. Haec loquor de universis. nihil excipit, de quo non profiteatur. quid enim esse potest extra universa?* Non tamen hoc ita accipiendum est, ut comprehendat etiam mandatores, et reos constitutae pecuniae, tum quia in hac longissima lege non agitur nisi de fidejussoribus, et regula proposita explicatur solummodo exemplis fidejussorum: tum quia verba illa, *qui pro aliis obligantur*, proprie conveniunt fidejussoribus, qui semper pro aliis obligantur, et ideo fidejussores per antonomasiam dicuntur illi, *qui pro aliis obligantur*: nam mandatores, et rei constitutae pecuniae plerumque pro se ipsis, non pro aliis obligantur: tum denique quia falsa esset sententia, si comprehenderet hos omnes. Etenim reus constitutae pecuniae in duriorem causam recte accipitur *l.* 1. §. *an potest. l.* 4. *l eum qui* 5. *l. id, quod* 19. *ff. de const. pecun.* Loquitur igitur Ulpianus de solis fidejussoribus: sed tamen de universis fidejussoribus, qui in duriorem causam adhibentur.

4 . Secundo praemittendum, est quod quatuor modis in duriorem causam fidejussor adhibetur, vel ratione loci, vel ratione temporis, vel ratione causae, vel ratione quantitatis. Ratione loci, si aut certo loco, aut alio loco minus commodo promittat *l. si fidejussor.* 16. §. 1. *et* 2. *ff. de fidejuss.* ratione temporis, si id agatur, ut fidejussor vel obligetur, vel conveniri possit ante reum principalem: cujus rei exempla proponuntur in hoc nostro §. *illud commune, versic. item. in l. fidejussor.* 16. §. *pen. in l. si a reo* 70. *in princ. et* §. 1. *ff. de fidejuss.* ratione causae in obligationibus disjunctim contractis, quoties, aut fidejussor non habet electionem, quam reus principalis, aut caret spe liberationis, quam habet principalis, ut in nostra *lege graece* 8. §. *si quis Stichum, et* §. *seq. in l. hi, qui* 34. *ff. de fidejuss.* ratione quantitatis, si plus promittat. §. *fidejussores Instit. tit. de fidejuss. et nostro* §. *illud commune.*

His praemissis constat, quam absurdam locutionem affingant Ulpiano, qui verba illa *omnino non*, interpretantur, *non in solidum.* Cum enim haec verba referantur necessario ad quantitatem, non possunt ullo modo convenire illis fidejussoribus, qui vel ratione loci, vel temporis, vel causae in duriorem causam adhiben-
5 tur; et tamen de his maxime agit Ulpianus in laudata lege. Quis enim dixerit, eum, qui loco minus commodo promittit, aut citeriore die, aut pure pro reo sub conditione obligato, et his similes fidejussores *in solidum non obligari*? Ne Barbari quidem ita loquuntur. Quid enim attinent ad locum, ad tempus, ad causam, verba, *in solidum?* Ridenda insulsitas est, hoc modo leges interpretari.

Nec solum insulsam locutionem, sed etiam falsam sententiam affingunt Ulpiano, perversa hac interpretatione. Falsum est enim, quod illi, qui adhibentur in duriorem causam tribus illis modis, quos primos recensuimus, in solidum non obligantur. Certum est enim, eos nullo modo, nulla ex parte obligari, ut constat ex legibus supra laudatis. Qui au- 6
tem dicit, aliquem in solidum non obligari, supponit, eum aliquo modo, aliqua ex parte obligari. Itaque illa locutio et convenit solis fidejussoribus plus quantitate promittentibus, et in his soluminodo vera est: in coeteris, et absurda est, et falsam continet sententiam; et tamen de his potius agitur, quam de illis, ut demonstrant exempla, quae ibi subjiciuntur.

Et sane semper in Jure nostro traditum est, fidejussores in duriorem causam accipi non posse, eos non obligari, plus esse non posse in accessione, quam in re principali *l. graece* 8. §. *il-* 7
lud commune l. hi, qui 34. *ff. de fidejuss.* §. *fidejussores Instit. tit. de fidejuss.* Nec usquam excipiuntur fidejussores, qui majorem quantitatem promiserunt. Cum enim omnes alii nullo modo obligentur, utique necessario debebant nos admonere Veteres Jurisconsulti, hos illis esse dissimiles, et in summa a reo principali debita obligari.

Ac si prohibitum solummodo esset a lege, fidejussores non obligari in duriorem conditionem; admitti fortasse posset communis sententia, juxta quam fidejussor in majorem summam non obligatur. Licet enim majorem summam promiserit, ac propterea fuerit acceptus in duriorem causam; tamen detrahitur a promissione summa excedens, et in ea inutilis est promissio: valet autem in summa a reo debita, et in ea fidejussor obligatur. Quapropter in majorem summam non obligatur, ut ipsi ajunt. Equidem si a lege solummodo prohiberetur obligatio in majorem summam, et in duriorem causam; haec fortasse viderentur habere rationem.
Sed animadvertere oportet, quo non pro- 8
hibetur fidejussor obligari solum, sed etiam accipi, et adhiberi in duriorem causam. Ulpianus in nostro §. *illud commune: si fuerint in duriorem causam*

adhibiti. et rursus: *in leviorem plane causam accipi possunt: propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur.* Paulus in *l. hi, qui,* 34. *ff. de fidejuss. hi, qui accessionis loco promittunt, in duriorem causam accipi non possunt:* Papinianus *in l. si testamento. in fine eod. ne in duriorem causam, contra Juris formam acceptus intelligatur.* Julianus in *l. fidejussor* 16. §. *pen. ff. de fidejuss. stipulatione in diem concepta, si fidejussor sub conditione accipiatur.* Hoc ipsum igitur est contra legem, accipere, et adhibere fidejussorem in duriorem causam: adeoque ut sit inutilis fidejussio, et pro infecta habeatur, sufficit, fidejussorem acceptum fuisse in duriorem causam *l. non dubium C. de legib.* frustra igitur conantur redigere ad formam Juris obligationem eam amputando, et circumcidendo, cum ipsa acceptio fuerit contra formam Juris. Aliud enim est accipere fidejussorem in duriorem causam, aliud
9 eum obligari *d.* §. *illud commune.* ibi: *si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos non obligari;* et infra, *si reus sub conditione fuerit acceptus, fidejussor pure, non obligabitur.* Et passim in tota illa lege distinguuntur inter se, *accipi fidejussorem, et obligari. et in l. fidejussor* 16. §. *qui certo loco,* et §. *fidejussor ff. de fidejuss.* Praecedit enim acceptio, subsequitur obligatio, et licet acceptus, et adhibitus fuerit fidejussor; tamen saepenumero non obligatur, ut in laudatis legibus. Licet igitur dicamus, fidejussorem promittentem majorem summam obligari solum in summa debita; tamen non ideo minus verum erit, eum acceptum fuisse in duriorem causam, hoc est, contra Juris formam, adeoque actum accipiendi fidejussorem inutilem fuisse, et nullam ex eo oriri potuisse obligationem. Accipitur enim in duriorem causam fidejussor, cum id agitur inter contrahentes, ut ipse plus debeat, quam principalis. Non potest autem negari, actum fuisse inter contrahentes, ut plus debeat fidejussor, quam principalis, quoties majorem summam promittit.

Praeterquam quod etiamsi contra formam Juris peccaretur solum, quando fidejussor esset in majorem summam obligatus: non vero quando majorem summam promittit, quod falsum esse demonstravimus: tamen obligatio contra formam Juris contracta, non posset ad formam Juris redigi, amputando summam excedentem. Nam illud omnibus 10
commune est Philosophis, Theologis, Jurisconsultis; vitium in forma vitiare omnem actum, nec formam suppleri posse: et ad rem nostram accommodatum exemplum suppeditat nobis Papinianus in *l. filius* 15. *ff. de condit. Instit.* Filius in potestate non potest a Patre institui sub conditione, nisi ea sit in ipsius potestate. Haec est forma Jure praescripta. *l. suus* 4. *in princ. ff. de hered. instit. l. Lucius* 83. *ff. de condit. et demonstr. l. si pater C. de Inst. et subst.* Quidam filium instituit sub conditione impossibili, et a legibus improbata. Non est haec in potestate filii *d. l. filius* 15. videbatur nihilominus dicendum, valere institutionem; quia cum ab ultimis voluntatibus detrahatur conditio, et pro non adjecta habeatur, pure videtur filius institutus *l. obtinuit ff. de cond. et dem. l.* 1. *ff. de cond. instit.* §. *impossibilis Inst. tit. de hered. instit. l. conditiones* 14. *ff. de cond. inst. l. non dubitamus ff. de cond. et demonstr. l. un. C. de his, qui poenae nom.* et tamen ait Papinianus non valere institutionem: licet enim hujus generis conditio semper ab institutione detrahatur, et pro non scripta habeatur: non detrahitur tamen ab institutione filii repugnante Juris forma. Quanto minus detrahetur quantitas excedens contra formam Juris. Ac si liceret ex fidejussione detrahere id, quod efficit duriorem conditionem fidejussoris, omnes

prope fidejossiones ad formam Juris redigi possent, adeoque valerent. Detrahe locum ex fidejussione, de qua in *l. fidejussor* 16. §. *qui certo ff. de fidejuss.* et non obligabitur in duriorem causam. Detrahe decem ex fidejussione, de qua in *l. graece.* §. *si quis Stichum ff. eod.* et non erit durior conditio fidejussoris.

Neque in hac causa locum habet regula, quod utile per inutile non vitiatur, et quod vitium in excessu quantitatis non vitiat totum actum *c. utile de*
11 *Reg. Jur. in* 6. *l.* 5. §. *generaliter l. sed si vir.* §. *si vir uxori ff. de don. int. vir. et uxor. l. placuit* 29. *ff. de usur. l.* 1. §. *Trebatius ff. de aqua quotid.*

Haec enim regula obtinet, cum Lex statuit certam quantitatem, quam excedere non liceat: tunc enim vitiatur solus excessus, quia vitium est solummodo in excessu. Contra vero quod ex statuit aliquid de natura actus, eique formam praescribit, tunc quia vitium est in ipsa natura, formaque actus, necesse est, ut totus actus corruat. Hujus
12 accessionis natura, et forma a Jure praescripta est, ut in ea plus esse non possit, quam in principali obligatione §. *fidejussores Inst. tit. de fidejuss.* ut non possit fidejussor accipi in deteriorem conditionem, *l. si testamento* 49. *in fin. ff. de fidejuss.* adeoque vitium inest naturae, formaeque fidejussionis, totamque subvertit: actus enim est individuus *l.* 1. §. 1. *l. continuus ff. de V. O.* itaque non potest esse pro parte secundum Juris formam, et pro alia parte contra formam Juris. Exempla in *l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. ercisc. in l. Pedius* §. 1. *ff. de recept. arbitr. in c. cum de non sacerdotali. de praeb. in* 6. *in c. ad audientiam, ubi DD. de reb. Eccles. alien.*

His omnibus accedit, quod cum fidejussor majorem summam promittit, in
13 aliam obligationem accipi videtur. Toties enim in aliam obligationem accipi dicitur fidejussor, quoties in contrahenda fidejussione agitur, ut fidejussor aliquid debeat, quod non debet reus principalis, ut infra probabimus. Itaque alio etiam de nomine inutilis est fidejussio *lege si ita* 42. *et l. graece.* §. *si quis Stichum ff. de fidejuss.*

Argumenta, quibus contraria sententia probatur, non magnam vim habent ad persuadendum.

CAPUT IV.

AD L. GRÆCE 8. §. SI QUIS

Stichum, et in l. si ita 42. *ff. de Fidejuss.*

SUMMARIUM.

I. Fidejussor pro eo, qui non est obligatus, obligari non potest.
II. Item accipi debet in eamdem obligationem.
III. Quando in aliam obligationem acceptus intelligatur.
IV. Pro eo, qui Stichum debet, non potest promittere Stichum, aut decem.
V. Nec pro eo; qui decem debet, promittere potest decem, aut Stichum.
VI. Pro eo, qui Stichum et Pamphilum debet, promittere potest Stichum, aut Pamphilum.
VII. Pro eo, qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit, non potest promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit.
VIII. Pro eo, qui debet Stichum, aut Pamphilum, utrum creditor voluerit, potest promittere Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit.
IX. Explicatur, et conciliatur *l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.*
X. Explicatur, et conciliatur *l. qui accessionis* 34. *ff. eod.*
XI. Quando propter facultatem eligendi vitietur, aut non vitietur fidejussio.
XII. Aliud est merx, aliud aestimatio: et merx pecunia aestimatur, non pecunia merce.
XIII. Pro merce aestimata fidejussor recte promittit aestimationem.
XIV. Pro fundo debito potest promittere usumfructum.
XV. Ususfructus separatus a proprietate est jus fundi; conjunctus est portio fundi: et quomodo id accipiendum?
XVI. Fidejussor potest promittere factum rei principalis.
XVII. Factum alienum non recte promittitur nisi sub poena.
XVIII. Differentia inter fidejussorem, et reum constitutae pecuniae.

Cum fidejussio sit accessio principalis
1 obligationis §. *fidejussores Instit. tit. de fidejussor.* non potest obligari fidejussor pro eo, qui non est obligatus *l. fidejussor* 16. *ff. de fidejuss.* et si nulla subsit principalis obligatio, inutilis est etiam fidejussio *l. si mihi. l. qui contra. l. si sub impossibili. l. si quis pro eo. in princ.* et in §. *si nummos. l. si a reo. in fin. l. si debitori ff. de fidejuss.*
2 Cum autem fidejussor omnino debeat accedere principali obligationi, et promittere pro eo, qui est obligatus; debet etiam accipi in eamdem obligationem, et promittere id ipsum, quod debet reus principalis. Si in aliam obligationem accipiatur, non valet fidejussio, ut respondet Ulpianus ex sententia Marcelli in *l. graece* 8. §. *si quis Stichum. vers. Marcellus ff. de fidejuss.* et si promittat id, quod reus principalis non debet, non obligatur *l. si ita* 42. *ff. eod.*
3 In aliam obligationem accipi dicitur fidejussor, quoties id agitur in contrahenda fidejussione, ut ipse aliquid debeat, quod reus principalis non debet. Exemplum proponitur in laudata *l. si ita ff. de fidejuss.* Reus debebat decem, fidejussor promittit mille modios tritici: non obligatur. Facit ad rem text. in *l. si a reo* 70. §. *si reo ff. de fidejuss.* ibi, *an non obligetur, quasi in aliud.*

Alterum exemplum proponitur in nostra lege *graece* 8. §. *si quis Stichum*
4 *ff. de fidejuss.* Reus Stichum debet, fidejussor promittit Stichum, aut decem: non obligatur, tum quia durior est ejus conditio, tum quia alia est ejus obligatio.

Tertium proponitur in *eodem* §. *ver-*
5 *sic. denique.* Reus debebat decem; fidejussor promittit decem, aut Stichum: non obligatur, licet levior sit ejus conditio: levior est conditio fidejussoris, quia habet electionem, utrum velit solvere decem, an Stichum *l. plerumque* 10. *ff. de jure dotium* §. *si quis versic. huic autem Instit. tit. de action.* In superiore exemplo durior erat conditio fidejussoris, quia reus per mortem Stichi poterat ab obligatione liberari, fidejussor non poterat *l. hi, qui accessionis* 34. *ff. de fidejuss.* est igitur in postremo exemplo levior conditio fidejussoris; sed tamen non tenetur: quia in aliam obligationem acceptus est. Etenim in obligatione fidejussoris est Stichus, qui non est in obligatione rei principalis.

Hic autem duo oportet animadvertere ad hujus legis explicationem. Primum, quod alia est obligatio, etiamsi in obligatione sit etiam id, quod reus debet. In utraque enim obligatione sunt decem: sed quia in obligatione fidejussoris est etiam Stichus, idcirco in aliam obligationem acceptus intelligitur: vel saltem est in ejus promissione, quod verius est. Sufficit igitur, eum promisisse aliquid, quod reus non debet.

Praeterea, quod non ideo alia dicitur fidejussoris obligatio, quod disjunctim concepta sit, quasi hac de causa ab alia differat, et impediat, quominus fidejussor obligetur. Nam si reus debeat Stichum, et Pamphilum, fidejussor autem promittat Stichum, aut Pamphilum: licet haec disjunctim, illa conjunctim 6
concepta sit: tamen fidejussor tenetur, laudata *l. graece* §. *penult. ff. de fidejuss.* quia nihil promittit, quod non debeat reus, neo quicquam debere potest, quod ab illo non debeatur. Contra etsi utraque promissio disjunctim concipiatur, fieri potest, ut fidejussor non obligetur, tamquam in aliam obligationem acceptus. Reus debet Stichum, aut Pamphilum utrum ipse voluerit. Fidejussor promittit Stichum, aut Pamphilum, utrum ipse voluerit. Videntur omnino similes hae duae obligationes. Fidejussor tamen non 7
tenetur, quia in potestate ejus est alium velle, quam reus voluisset *l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.*

Contrarium tamen videtur respondisse Ulpianus in nostra *l. graece* §. *contra.*

Reus promisit Stichum, aut Pamphilum, quem creditor voluerit: Fidejussor promittit Stichum, aut Pamphilum,
8 quem ipse voluerit. Obligatur fidejussor: et tamen videtur in aliam obligationem acceptus, sicut in superiori exemplo.

Sed similia non sunt haec duo exempla. In superiori exemplo petito ex *l. si*
9 *Stichum* 38. *ff. de fidejuss.* est in potestate ipsius fidejussoris alium velle, et ideo praesumitur, ipsum velle alium, ne teneatur, argumento text. in *l. si ita stipulatus* 12. *ff. de V. O. l. sub hac ff. de oblig. et act.* Quoties enim ad impediendam, vel minuendam obligationem, sufficit voluntas debitoris, ea non expectatur, et etiam sine ulla declaratione praesumitur a Lege statim voluisse. Contra vero in altero exemplo, cum id pendeat a voluntate creditoris, cujus est electio, non praesumitur alium velle, quam fidejussor ipse velit, ne corruat ejus obligatio. Eadem enim ratione, qua praesumitur, debitorem nolle teneri, praesumitur, creditorem velle eum obligari. Si enim noluisset, eum obligari, non accepisset fidejussorem. Igitur creditor aut reum prius conveniet, et eo solvente, fidejussor liberabitur. Aut conveniet prius fidejussorem, et petet ab eo Stichum, aut Pamphilum: nec enim aliter agere potest §. *si quis agens Inst. tit. de act.* Satius est autem prius convenire fidejussorem: ne si convenerit reum, atque ita elegerit, eo non solvente, fidejussor liberetur alium eligendo; sed cum haec omnia posita sint in potestate creditoris, cujus interest habere fidejussorem obligatum, non obstant ejus obligationi, nec potest praesumi, alium velle, quam velit ipse fidejussor.

Contrarium quoque videtur respondis-
10 se Paulus in *l. hi, qui accessionis* 34. *ff. de fidejussor.* Reus debebat Stichum, aut Pamphilum; fidejussor promittit Stichum: levior est ejus obligatio, quia mortuo Sticho liberatur. Adeoque recte contracta est fidejussio. Est hic in potestate debitoris alium velle, quam debeat fidejussor; nec ejus interest obligari fidejussorem, vel saltem magis ei expedit, habere liberam electionem, quam fidejussorem esse obligatum.

Animadvertendum est, in hac lege nihil a Paulo definiri quoad obligationem fidejussoris, sed solum ab eo in controversiam adduci, ac definiri, leviorem esse fidejussoris conditionem. Puto igitur, valere quidem fidejussionem, sed hactenus pendere, quamdiu debitor elegerit, quemadmodum cum futurae, aut conditionali obligationi accedit. Sed haec quaestio pendet ab altera quaestione, an in promissione disjunctiva, utraque res sit affecta obligatione, an vero debeatur quid incertum, quod solutione certum fiat. Si primum, non erit in pendenti obligatio fidejussoris, quia debebit Stichum, quem debet etiam reus principalis Si secundum, erit in pendenti obligatio quamdiu constat, an Stichus, vel Pamphilus debeatur. Hoc autem videtur multo rectius: nam si primum admittamus, et illud probandum erit in *l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.* obligari fidejussorem, quod falsum est.

His positis haec regula statuenda videtur. Quoties electio est fidejussoris, inutilis est fidejussio. *L. si Stichum* 38. *ff. de* 11
fidejussor. quia praesumitur, alium velle. Quoties autem electio est creditoris, initio valet fidejussio: quia praesumitur, in eodem concurrere. *l. graece.* §. *contra ff. de fidejuss.* Denique quando electio est debitoris, quia incertum est, quem sit electurus, in pendenti est obligatio fidejussoris. Atque ita exponendum puto textum in laudata *lege. Hi, qui accessionis* 34. *in fine ff. de fidejuss.*

Sed iterum obstat text. in nostra *lege si ita* 42. *in fine ff. de fidejuss.* ubi Javolenus ait, quod si reus debeat decem, fidejussor non potest promittere mille modios tritici. Subdit hanc rationem; quia 12
non potest pecunia aestimari merce, si-

aut merx aestimatur pecunia. Quibus ver-
bis indicat, quod si reus deberet mille
modios tritici, fidejussor posset promitte-
re decem; tunc enim merx pecunia ae-
stimaretur. Atqui aliud est merx, aliud
ejus pretium, et aestimatio *l.* 1. *ff. de*
rer. permut. l. 1. §. 1. *in fin. ff. de contr.*
empt. §. *si res aliena Inst. tit. de legat.*

Respond. quod Jurisconsultus non sta-
tuit, fidejussorem promittere posse aesti-
mationem rei debitae a principali debi-
tore sed quod non potest promittere
mercem pro pecunia debita, quia pecu-
nia merce non aestimatur, sicut merx
13 aestimatur pecunia. Ex hoc illud recte
deducitur, quod numquam fidejussor po-
test pro pecunia mercem promittere; po-
terit tamen pecuniam pro merce promit-
tere: cum merx pecunia fuerit aestimata.
Et hoc verissimum est. Si reus princi-
palis debeat mercem pecunia aestimatam,
potest fidejussor pecuniam illam, hoc est,
aestimationem promittere. Ratio est in
promptu, quia et ipse reus principalis
debet eamdem aestimationem *l. quoties*
ff. de jure dotium. quare non accipitur
in aliam obligationem. Posset etiam ten-
tari, quod cum ibi agatur de mutuo, in
quo juxta communem sententiam credi-
tor post moram eligere potest utrum ve-
lit, rem, an aestimationem per *text.* in
celebri *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred.*
fidejussor obligari possit in aestimatio-
nem, quam commissa mora utique ele-
cturus est creditor, ut fidejussorem ha-
beat obligatum secundum ea, quae su-
pra diximus. Quod non valde probo,
cum Interpretum nostrorum commentum
putem illam electionem.

Opponi etiam potest, quod si reus
fundum debeat, potest fidejussor usum-
fructum promittere *l. si a reo* 70. §. *si*
14 *reo ff. de fidejuss.* sed aliud est fundus,
aliud ejus ususfructus *l. recte* 25. *ff. de*
V. S. l. et per jusjurandum 13. §. *il-*
lud ff. de acceptil.

Respondetur, quod fidejussor, qui pro-
mittit usumfructum pro eo, qui debet
fundum, similis est ei, qui promittit par-
tem pro eo, qui totum debet, *l. qui* 15
usumfructum 58. *ff. de V. O.* Licet e-
nim ususfructus a proprietate separatus,
non sit pars fundi, sed fundi jus, ac
servitus *l. Maevius* §. *fundo legato ff.*
de legat. 2. *l. recte ff. de V. S.* tamen
conjunctus cum proprietate portionis in-
star est *d. l. qui usumfructum ff. de V.*
O. l. si ab emptore ff. de eviction. Et
hunc usumfructum promittit fidejussor.
Ac si a reo principali solutus fuerit fun-
dus deducto usufructu: sicut creditor
potest a reo principali usumfructum pe-
tere *l. cum qui ita* 56. §. *si a te ff. de*
V. O. ita poterit eumdem usumfructum
petere a fidejussore. Et quamvis eo ca-
su jus fundi sit, tamen incivile est fide-
jussorem non teneri *l. si a reo* 70. §. *si*
reo ff. de fidejuss. emolumentum enim
rei continet *l. Maevius* 66. §. *fundo le-*
gato ff. de leg. 2. et sicut peti potest a
debitore principali, ita et a fidejussore.
Neque enim petitur tamquam jus, sed
tamquam pars avulsa a proprietate, quia
quoad eum, cui fundus debetur, partis
instar obtinet, *l. cum filius* 76. §. *domi-*
nus ff. de leg. 2. licet quoad fructuarium
sit jus distinctum, et diversum ab ipso
fundo.

Posset etiam alicui scrupulum injice-
re, quod fidejussor promittere potest fa-
ctum rei principalis *l. cum filius* 49. *ff.* 16
de fidejuss. Hoc autem cum sit factum
alienum promitti non potest, nisi sub
poena *l. stipulatio ista* 38. §. *at si quis*
ff. de V. O. l. sicut 65. *ff. de fidejuss.*
Potest igitur promittere quod non debet 17
reus principalis.

Respondetur, quod ipse reus principa-
lis si non fecerit, tenetur vel ad poe-
nam, vel in id, quod interest *l. si quis*
13. *in princ. et in fin. ff. de re judic.*

Qui putant, fidejussorem similem esse
reo constitutae pecuniae, possent ab hoc
ad fidejussorem ducere argumentum, et
concludere, quod sicut aliud pro alio
constitui potest *l.* 1. §. *an potest ff. de*

const. pec. ita et aliud pro alio possit a fidejussore promitti.

Sed non sunt similes fidejussores, et rei constitutae pecuniae. Reus constitu-
18 tae pecuniae potest plus promittere *l. hactenus* §. 1. *ff. de const pecun.* potest promitti ei, qui non est creditor *l. eum, qui* §. *quod exigimus ff. eod.* potest constitui frumentum pro pecunia *l.* 1. §. *an potest ff. eod.* potest constitui citeriore die *l.* 4. *ff. eod.* et potest pure, vel certo die constitui id, quod sub conditione debetur, et eadem conditione suspenditur *l. id, quod sub conditione* 19. *ff. eod.* et potest constitui alio loco *l. eum. qui* 5. *ff. eod.* Quae omnia in fidejussione sunt improbata *l. graece* 8. §. *illud commune, cum seqq. l. fidejussor.* 16. *in princ.* §. 1. *et seq. l. hi, qui* 34. *l. si a reo* 70. *ff. de fidejuss.* §. *fidejussores Inst. tit. eod.* Constituta enim sola aequitate nituntur *l.* 1. *ff. de const. pec.* In fidejussione autem strictam Juris rationem sequimur *l. quicquid adstringendae ff. de V. O.*

CAPUT V.

AD L. ULT. §. SI MULIER

Pen. ff. ad S. C. Vellejan.

SUMMARIUM.

I. Mulier an possit renuntiare S. C. Vellejano.
II. Causa cur mulieribus interdicatur intercessio.
III. Civilia officia interdicta sunt foeminis: et quae ea sint.
IV. Ad civilia officia non admittitur mulier etiamsi renuntiet.
V. Foeminae cur arceantur a tutela.
VI. Beneficia ac privilegia, quae dantur ob meritum, non dantur invitis: contra, quae dantur ob imbecillitatem, dantur etiam invitis.
VII. In fraudem Senatuscons. excogitata rata non sunt.
VIII. Renuntiatio est in fraudem Legis.
IX. Renuntiatio Legis Falcidiae est in fraudem Legis.
X. Renuncians post biennium tenetur.
XI. Cur mulier obligetur, si post biennium confirmet obligationem.
XII. Mulier post biennium potest consentire alienationi rerum propter nuptias donatarum.
XIII. Si mulier debitorem liberet, actio creditori restituitur.
XIV. Quis dicatur vetus debitor?
XV. Mulier tuta est, etiamsi non opposita exceptione fuerit condemnata.
XVI. Vellejanum non succurrit mulieri exercenti liberalitatem suam.
XVII. Non decipitur mulier in casu proposito *in l. ult. ff. ad Senatusconsultum Vellej.*
XVIII. Mulier etiam renuncians decipitur.
XIX. Cur mulier intercedendo decipiatur.
XX. Pupillorum causa favorabilior quam mulierum.

Pomponius ait: *Si mulier pro eo, pro quo intercessit judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: Quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debet exceptione se non usuram, et sic ad Judicem ire.* Ex hac lege id ef- 1
fici putant Interpretes nostri, mulierem posse renunciare Senatusconsulti Vellejani beneficio. Atque id confirmant, tum quia quilibet potest privilegio suo, ac beneficio renunciare *l. si Judex ff. de minor. l. pen. C. de pact. l. invito ff. de Reg. Jur.* tum, quia mulier certior facta de Senatusconsulto, eique renuncians, non meretur ejus auxilium, cum non decipiatur, imo ipsa decipiat creditorem *l.* 1. §. 2. *et* 3. *l. si decipiendi* 30. *ff. ad S. C. Vellejan.* tum denique, quia id mulieri permitti videtur tum in *Nov.* 118. *c.* 5. tum *in l. si mulier perfectae C. ad S. C. Vellejan.*

Ego tamen, ut contra sentiam, mo-
veor his argumentis. Primum, quia po- 2
tissima causa removendi mulieres ab intercessione, fuit, quia pro alio intercedere est officium virile, ac civile. Officia autem virilia, ac civilia dempta sunt foeminis: adeoque multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. Haec est unica ratio, qua nititur Senatusconsultum Vellejanum, tum a Paulo exposita in *l.* 1. §. 1. *ad S. C. Vellejan.* tum in ipso Senatusconsulto expressa, cujus verba relata sunt in *l.* 2. §. 1. *ff. eod.* Quis autem dixerit, mulierem, quae obeundis virilibus

officiis non est idonea, idoneam effici sua ipsius voluntate, ac renunciatione, contra expressam Senatusconsulti prohibitionem? repugnat constitutio *l. non dubium C. de legib.* Civilia, ac virilia
3 officia sunt: Judicem esse: Magistratum gerere: postulare: procuratorem existere: et pro alio intervenire: et ab omnibus remotae sunt foeminae *l. 2. ff. de Reg. Jur. l. cum Praetor* 12. §. *fin. ff. de judic. l. ult. C. de recept. l.* 1. §. *secundo loco ff. de postul. l. neque foeminae* 54. *ff. de procur.* Quis dixerit, foeminam renunciantem his legibus, quibus arcetur ab hujusmodi officiis virilibus, posse aut Judicem, aut procuratorem existere, aut Magistratum gerere, aut postulare? Si non prodest mulieri re-
4 nuntiatio, ut ad haec officia admittatur: multo minus prodesse potest, ut admittatur ad intercedendum, cum ab hoc officio multo magis arceatur, quam ab aliis: quia in hoc non sola opera, nudumque ministerium mulieris versatur, sed etiam periculum rei familiaris *l.* 1. §. 1. *ff. ad S. C. Vellej.* Praeterquam quod alia officia Mulieribus interdicta sunt moribus *d. l.* 1. §. 1. Hoc autem et moribus, et Senatusconsulto, ut indicant illa verba Senatusconsulti: *Tametsi ante videtur ita Jus dictum esse.*

Hic atem monendum est, perverse admodum Interpretes nostros; ex quo periculum rei familiaris versatur in intercessione, statuere mulierem posse inter-
5 cedere cum renunciatione. Hoc enim efficitur, ut multo magis arcendae sint foeminae ab intercessione, non ut ad eam facilius admittantur. *l.* 1. §. 1. *ff. ad S. C. Vell.* Tutela quoque est officium virile, ac propterea arcentur ab ea foeminae *l. tutela* 16. *et l. ult. ff. de tutel. l.* 1. *C. quando mul. tut. offic.* Ipsa quoque est onus, et quidem grave: in ea quoque versatur periculum rei familiaris. *Inst. tit. de legit. Patr. tut. l.* 3. *et passim ff. de tutel. toto tit. ff. de admin. et peric. tut.* Et tamen non potest mulier, etiamsi maxime velit hujusmodi periculum subire, etiamsi huic beneficio renunciet, ad tutelam admitti. *Novel.* 118. *cap.* 5. §. *hoc autem l. ult. ff. de tutel.* Neque enim per renunciationem effici possunt idoneae ad subeundum munus, quod proprium est masculorum *d. l. ult.* sublata enim causa periculi, superest alia causa, quae per renunciationem non tollitur. Maritus quoque non potest renunciare privilegio, ne condemnetur ultra id, quod facere potest. *l. alia* 14. §. 1. *ff. solut, matrim.* est enim hoc contra reverentiam maritis debitam, quae causa per renunciationem tolli non potest.

Confirmatur, quia etiamsi mulieres arcerentur ab intercessione ob solum periculum rei familiaris, tamen non possent huic beneficio renunciare. Benificia non ejusdem modi sunt omnia. Quaedam conceduntur ob meritum, virtutemque, et industriam personae, aut ob commiserationem, ut sunt privilegia Militum, Doctorum, miserabilium personarum, et hujus generis coetera. Quaedam 6
tribuuntur ob imbecilitatem, imperitiam, et imprudentiam, ut consulatur quibusdam personis, quae ipsae per se sibi satis prospicere non possunt, ut sunt pupilli, minores, prodigi, furiosi, mulieres. Illa indulgentur concedendo aliquid, quod non haberet; aut facere non posset is, cui conceduntur. Haec tribuuntur prohibendo id, quod alias facere possent. Illa non essent beneficia, si tribuerentur invitis: nam ut ait Plautus in Trinummo: *nullum beneficium esse duco id, quod, cui facias, non placet.* et de illis agitur in *l. pen. C. de pact. in l. invito ff. de Reg. Jur.* Haec autem contra non essent beneficia, si non tribuerentur etiam invitis: prohibitio enim non volentes afficit, sed invitos. Finge furiosum sibi violentas manus inferentem: nullum ipsi confers beneficium, nisi gladium vi e manibus eripias. Recte Seneca *de Benefic. l.* 2. *cap.* 14.

Sunt quaedam nocitura impetrantibus, quae non dare, sed negare beneficium est: et infra: *Ut frigidam aegris negamus, et lugentibus, ac sibi iratis ferrum, aut amantibus, quicquid contra se usurus ardor petit: sic ea, quae nocitura sunt, impense et submisse, nonnmquam etiam miserabiliter rogantibus, perseverabimus non dare;* et rursus: *Exorari in perniciem rogantium saeva bonitas est. Quaemadmodum pulcherrimum opus est, etiam invitos, nolentesque servare; ita rogantibus pestifera largiri, blandum et affabile odium est.* Servat nolentes, et invitos Jus Civile, pupillos, minores, furiosos, prodigos, mulieres, cum prohibet eos obligari, et ideo non possunt huic benefiio renunciare, nam hoc ipso circumveniuntur *l. doli exceptio. versic. diversum est ff. de novat.* De pupillo, minore, et prodigo, aut furioso, nemo dubitat; quid causae est, cur de muliere dubitare debeamus, cujus est par ratio? enimvero incassum mulieribus prospexisset Senatusconsultum, si permitteret eis renunciare. Voluit Senatus prospicere mulieribus, quia facile circumveniuntur, ac seducuntur a callidis hominibus, non praevidentes damnum, quod imminet ex intercessione. Profecto, mulier, quae non praevidet damnum imminens ex intercessione, nec praevidet damnum imminens ex renunciatione. Nullum enim aliud damnum potest pati propter renunciationem, quod non pateretur ex sola intercessione ante hoc Senatusconsultum. Ideo mulier facile adducitur ad intercedendum, quia sperat, debitorem soluturum, aut restituturum quicquid ipsa pro eo solverit, ac propterea nullum se damnum passuram ex intercessione. Quae ita animata est, quae hoc certo sperat, promptissima erit et paratissima ad renunciandum. Quid enim potest ei obesse renunciatio?

Quamobrem haec perpendentes Vete-
7 res Jurisconsulti responderunt, ea, quae in fraudem Senatusconsulti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere *l. quidam 29. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Quod autem renunciatio in 8
fraudem Senatusconsulti sit excogitata, dubitari non potest, per text. *in l. Sejus, et Agerius 27. ff. ad Leg. Falcid.* Lex Falcidia lata fuit tum in gratiam ipsorum testatorum, ne intestati decederent, *princ. tit. Inst. vers. idque ipsorum. de Leg. Falcid.* tum ipsorum heredum, ut ex hereditate perciperent emolumentum *l. potest heres 71. ff. ad Leg. Falcid.* Et tamen huic beneficio renunciare non possunt neque testatores, neque heredes: et etiamsi concurrat simul voluntas testatoris, heredis, et legatarii, tamen inutilis est renunciatio, 9
quantumvis stipulatione vallata *l. quod bonis 15. §. frater ff. ad Leg. Falcid.* tamquam inita contra Jus Publicum, et in fraudem legis *d. l. quod bonis 15. et d. l. Sejus. 27. ff. ad Leg. Falcid.* Imo etsi heres instituatur sub hac conditione renunciationis, et sub eadem conditione ei datus fuerit substitutus; tamen non impleta conditione, potest hereditatem adire, et excludere substitutum perinde ac si conditio illa adscripta non fuisset *d. l. Sejus, et Agerius ff. ad Leg. Falcid.* Nam conditio in fraudem legis adscripta remittitur *l. si quis sub conditione ff. de condit. instit. d. l. Sejus. in fine.* Quanto magis igitur in fraudem Senatusconsulti, et inutilis erit renunciatio mulieris, cui interdictum est intercessione, tum ne virilibus officiis fungatur, tum ne periclitetur de re familiari *l. 1. ff. ad S. C. Vellejan.* quod periculum non declinat renunciando. Quin imo inventa est renunciatio, ut periculum certius incurrat, et eludatur dispositio Senatusconsulti mulieri prospicientis.

Ut his fraudibus occurreret Justinianus in *l. si mulier 22. C. ad S. C. Vellejan.* statuit, mulierem non teneri, si 10
intra biennium confirmaverit intercessio-

nem suam; *quia ex consequentia suae fragilitatis in secundam jacturam incidit*, teneri autem, si post biennium confirmaverit intercessionem suam. Renunciatio est confirmatio intercessionis: itaque nisi post biennium renunciet, non tenebitur.

Nec dici potest, nos supponere, mulierem renunciasse postquam fuit certior facta de Senatusconsulti auxilio: contra vero in laudata lege non supponi mulierem certiorem factam fuisse de Senatus-
11 consulto, et ideo ei dari biennium, ut possit de Senatusconsulto certior fieri, ibi: *si quod saepius cogitare potuit, et evitare, non fecit, sed ultro firmavit.* Primum enim id generaliter constitutum est in omnibus mulieribus: nec distinguitur inter eas, quae sciebant, se esse munitas auxilio Senatusconsulti, easque, quae id ignorabant. Neque in ea lege habetur ratio scientiae, vel ignorantiae, sed solius prolixitatis temporis, ibi: *videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere.* In his verbis oportet animadvertere, quod Justinianus ex prolixitate temporis non deducit conjecturam scientiae, quae esset multo verosimilior. Sed confugit ad conjecturam remotissimam et alienam a verisimilitudine, quod mulier videatur in rem suam se obligare; ad quam utique non confugisset, si sola scientia et notitia Senatusconsulti sufficeret ad obligandam mulierem confirmantem intercessionem suam.

Praeterea mulier post biennium confirmans intercessionem suam, ideo tenetur, quia saepius potuit de sua intercessione cogitare, ac propterea non labitur in secundam jacturam ex consequentia suae fragilitatis: sed ultro firmat, quod potuit evitare: ut in laudata lege monet Justinianus. Tam longo tempore potuit saepius cogitare, hoc est, explorare fidem debitoris, pro quo intercessit: explorare ejus facultates: accurate expendere periculum imminens, aliarum exemplo, et adversis casibus admoneri, quam periculosum sit pro alio intercedere. Haec omnia ut sedulo mulier possit expendere, et saepius cogitare de sua intercessione, tribuit ipsi tam longum temporis spatium Justinianus. Ergo si ante lapsum biennii, quomodocumque confirmet intercessionem suam, non obligatur, quia non potuit saepius cogitare, nec tantum temporis effluxit, quantum praescripsit ad cogitandum Imperator. Multo minus obligabitur, si renunciando confirmet obligationem suam in ipso contractu intercessionis.

Quae sine ulla dubitatione confirmantur ejusdem Imperatoris auctoritate *in* 12
Authent. Ut immob. ante nupt. donat. cap. 1. §. 1. *et* 2. ubi comparat mulierem intercedentem mulieri consentienti alienationi, vel hypothecae rerum subjectarum donationi propter nuptias: et huic indulget idem biennii tempus ad confirmandum consensum semel praestitum alienationi, sd exemplum mulieris intercedentis. Rationem concedendi tam longum tempus ad cogitandum, tam mulieri intercedenti, quam consentienti alienationi, eam affert: *quia multa primo auditu facile peccari possunt, et facile mulier seduci potest: cum vero in plurimo tempore cogitaverit pro negotio, fiet forsan cautior.* Animadvertendum est, hic agi de mulieribus, quae sciebant, sibi competere jus, eique renunciarunt, et tamen non valet renunciatio, nisi eam confirmaverint post biennium. Item improbatur in hac Constitutione quaelibet via, quodlibet artificium excogitatum et institutum sd privandam mulierem jure suo, adeoque improbatur, tum renunciatio, tum omnis promissio mulieris, ut nulla ratione possit amittere jus suum, nisi post elapsum biennium: et hoc exemplo mulieris intercedentis.

His probe constitutis, non obstat text. 13
in nostra *l. ult.* §. *si mulier ff. ad S. C. Vellejan.* Ad hujus legis explicationem operae pretium est animadvertere, in ea

agi de muliere expromittente, quae alienam obligationem, liberato debitore, in se transtulerat: quo casu ita mulieri succurritur, ut in veterem debitorem actio restituatur *l.* 1. §. 1. *ff. ad S. C. Vellejan. l. quamvis §. quoties. cum seq. l. aliquando. in fin. cum leg. seq. l. si pro uno* 20. *l. debitrix.* 24. §. *si pro eo l. quidam* 29. *ff. eod. l. si mulier* 16. *C. eod.* De hoc genere intercessionis agi in nostra lege demonstrant illa verba, *ut non in veterem debitorem actio detur.*

14 Vetus debitor appellatur is, qui a muliere liberatus est, in quem, subducta ab obligatione muliere, datur actio restitutoria, hoc est, restituitur actio, perinde ac si mulier eum non liberasset. *l. quamvis §. plane l. si mulier* 14. *ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quae fiunt in judic. in integ. restitut.* Ergo mulier transtulerat in se debitoris cujusdam obligationem. Creditor, cum intelligeret, mulierem tutam esse Senatusconsulto Vellejano, Praetorem adivit, ut sibi restitueret actionem adversus veterem debitorem, quod utique ei negare non poterat *l.* 1. *ff. ad S. C. Vellejan. l. un. C. de reputat. quae fiunt in jud. restit. in integr.* Rem actam fuisse apud Praetorem demonstrant illa verba: *debet cavere exceptione se non usuram, et sic ad Judicem ire.* Cum Praetor paratus esset dare restitutoriam creditori, mulier intervenit impeditura, ne in veterem debitorem actio daretur, dixitque, se pro eo paratam esse judicium accipere. Maluit ipsa ex sua intercessione conveniri, quam permittere, ut in veterem debitorem actio restitueretur. Ut autem conveniri posset, utiliter cavit Praetori,

15 se non usuram exceptione. Poterat Praetor exceptionem non dare; sed quia mulier etiam non opposita exceptione tuta est, etiamsi fuerit condemnata *l. tamen si ff. de Senatusconsult. Macedon.* idcirco a muliere exegit, ut caveret, exceptione se non usuram.

Ex hac facti serie liquido constat, mulierem illam voluisse liberalitatem suam exercere erga debitorem, ne propter solutionem vexaretur. Senatusconsultum autem succurrit quidem oneribus mulierum, 16
non tamen impedit, quominus liberalitatem suam exerceant, et liberent aliquem a vexatione creditoris *l. si pro aliquo.* §. 1. *ff. ad S. C. Vellejan.* Non potest dubitari, quin haec mulier velit pro debitore solvere, velit ei donare. Cur enim prohibet restitui actionem adversus veterem debitorem? Cur ipsa vult conveniri, ne ille conveniatur, et cogatur ad solvendum? Cur renunciat exceptioni, ut efficaciter conveniatur? Non jam est incertum aut remotum periculum, sed certum ac praesens, quod ipsa sponte subire vult, etiam contra voluntatem creditoris, qui ipsi ad evadendum viam patefecerat. Donanti autem, et pro debitore solventi mulieri Senatusconsultum non auxiliatur *l.* 4. *et* 5. *ff. ad S. C. Vellejan. l.* 4. *C. eod.* Saltem est admo- 17
dum probabilis praesumptio, quam probat Justinianus, ac deducit ex confirmatione intercessionis, facta post biennium in *l. si mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan.* Videlicet, quod videatur mulier in rem suam intercessisse. Non constat in nostra lege renunciationem factam fuisse post lapsum biennii. Sed tamen multo plura concurrunt, qui conjecturam hanc facere possimus. Etenim mulier renunciat, postquam videt advenisse tempus solutionis, et creditorem exigere velle pecuniam sibi debitam. Impedit, ne pecunia exigatur ab eo, pro quo intercessit; imo impedit etiam ne conveniri possit. Ipsa conveniri vult, ne ille conveniatur, et ut efficaciter conveniri possit, renunciat exceptioni. Haec certe, aut pro eo vult solvere, aut scit, se proprium negotium agere, et in rem suam intercessisse. Accedit auctoritas Praetoris, apud quem cavet exceptione se non usuram, quae actus alioquin irritos solet confirmare,

praesertim cum actus a Lege improbatur ob periculum, quod imminet, ne quis, aut propter imbecillitatem animi decipiatur, aut objecta aliqua spe seducatur *l.* 1. *et toto tit. ff. de reb. cor. qui sub tut. l. cum hi, quibus* 8. *ff. de transact.* Certe haec mulier non decipitur: deceptis autem Senatusconsultum opitulatur *l.* 2. §. *verba ff. ad S. C. Vellejan.*

His expositis, ad reliqua facilis est, et prompta responsio. Non decipit mulier, quae renunciat: sed decipitur. Scit
18 quidem se non teneri: sed ideo renunciat, ut teneatur, adeoque tantum abest, ut velit decipere creditorem, ut potius renunciet, ne ipsum decipiat. Decipitur autem ipsa renunciando, licet certior fiat de Senatusconsulto. Neque enim mulieres decipiuntur ob ignorationem Senatusconsulti. An non enim factum fuit Senatusconsultum, ne deciperentur? Ergo ante Senatuscons. decipiebantur, et tamen non poterant decipi propter ignorationem Senatusconsulti, quod nondum factum erat. Decipiuntur igitur, quia si-
19 bi facile blandiuntur, et spondent de fide debitoris, neque in animum inducere possunt, eum permissurum ipsas vexari, et ad solutionem compelli. Decipiuntur igitur, imo magis circumveniuntur renunciantes, quam non renunciantes. Nec permittitur renunciatio, in *l. si mulier* 22. *C. ad S. C. Vellejan.*; aut in *Nov.* 118. *cap.* 5. Nam in *l. si mulier* permittitur solum post biennium: qua de re jam late diximus. *In Nov.* 118. non permittitur; aut approbatur
20 solum renunciatio; sed praecipitur. Praecipitur favore pupillorum, quorum causa favorabilior est, quam mulierum *l. si apud minorem ff. de minorib. l. ult. C. si mater indemnit.* Mulieres non minus arcentur a tutela, quam ab intercessione: utrumque enim virile munus est. *l. ult. ff. de tutel. l.* 2. *ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. ad S. C. Vellejan.* Justinianus in favorem pupillorum admisit ad tutelam matrem, et aviam propter charitatem erga liberos. Ne hic favor in perniciem pupillorum redundaret contra *text. in l. nulla ratio ff. de legibus*, necesse erat ipsis praecipere, ut renunciarent S. C. ut possent pro pupillis obligari.

CAPUT VI.

AD L. IN HIS 5. §. SI DUOS *ff. de solut.*

SUMMARIUM.

I. Debitor potest ita solvere, ut unum ex fidejussoribus liberet.
II. Non potest tamen liberare quem voluerit.
III. Qoid requiratur, ut unus tantum liberetur, et 8. et seqq.
IV. Qui non solvit nomine unius fidejussoris, eum solum non liberat.
V. Debitor partem solvens liberat omnes fidejussores pro rata.
VI. Qui solvit nomine unius fidejussoris, ipsum liberat.
VII. Potest quilibet pro debitore solvere etiam ignorante, et iovito.
VIII. Uno ex duobus reis solvente, coeteri liberauiur.
IX. Debitor solvens id, quod unus tantum fidejussor debet, ipsum liberat.
X. Solutio in quam causam cedat, et quem liberet.
XI. Non liberat eum fidejussorem, nisi solvat id, quod ille debet.
XII. Si fidejussor sit heres rei principalis, pro ea parte, pro qua est heres, liberatur ab obligatione fidejussoria: et quid Juris sit in pluribus fidejussoribus reo succedentibus.
XIII. Naturalis obligatio rei principalis non confunditur cum fidejussoria; et qua de causa.
XIV. Quid Juris sit in fidejussoribus, qui non tenentur in solidum.
XV. Quo casu solvens tamquam principalis, se ipsum liberet etiam ab obligatione fidejussoria.
XVI. Fidejussoria obligatio per confusionem non tollit alteram obligationem fidejussoriam, et quae sit ratio?

Ex facto quaesitum fuit. Qui centum debebat, Cajum, et Maevium fidejussores dederat, et decedens utrumque ex aequo heredem instituerat. Cajus a creditore conveniebatur; offerebat quinquaginta, quae debebat tamquam heres principalis debitoris; et hac solutione volebat liberari a tota obligatione. Licet enim

deberet alia quinquaginta, tamquam fidejussor: tamen cum principalis solvendo possit liberare fidejussorem quemcumque voluerit, Cajus solvens quinquaginta tamquam principalis, declarabat, se velle liberare se ipsum tamquam fidejussorem, auctoritate Ulpiani in *l. in his vero* 5. § *si duos ff. de solut. Si duos quis dederit fidejussores, potest ita solvere, ut unum liberet.* Mirum quantum se torserint principes nostrae civitatis Advocati, ut ab hoc laqueo se expedirent. Interrogatus a Judice respondi, non posse Cajum solventem quinquaginta liberari a tota obligatione: atque ita judicatum fuit.

1

Non potest debitor, qui solvit partem debiti liberare fidejussorem, quem voluerit, neque hoc dixit Ulpianus in laudata *l.* 5. § *si duos ff. de solut.* Est enim falsissimum, cum hoc non pendeat ab arbitrio debitoris. Potest tamen ita solvere, ut unum liberet. Ergo si velit unum liberare, debet eo modo solvere, quo possit ille liberari: Si solvat totum id, quod debet, utique omnes fidejussores liberantur *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* si partem debiti solvat, omnes pro rata liberantur. Potest tamen ita solvere, ut unus liberetur, alter maneat obligatus.

2

3 Sed hoc omnino necessarium est, ut solvat nomine ejus fidejussoris, quem vult liberare: et solvat id, quod ille debet.

Primum igitur necesse est, ut solvat nomine ejus, quem vult liberare. Innuit hoc Julianus in *l. quoties* 37. *ff. de solut.* ubi ait, quod reus liberat unum ex fidejussoribus: si non ex sorte decedat id, quod solvit, et solvat nomine ejus fidejussoris, cujus debitum solvit. Quamobrem si ex sorte decedat id, quod solvitur, hoc est, si ex causa proprii debiti solvatur a reo principali, non vero nomine fidejussoris: non poterit fidejussorem illum liberare.

4

5 Atque id ratio suadet evidenter. Obligatio fidejussoris est quaedam accessio principalis obligationis § *fidejussores Inst. tit. de fidejussor. l. hi, qui* 34. *ff. eod.* adeoque sequitur principalem obligationem: et sicut non potest contrahi fidejussoris obligatio, nisi subsit obligatio principalis, cui applicatur *l. fidejussor* 16. *in princ.*, *et* §. *fidejussor ff. de fidejuss.* ita corruente, et extincta principali obligatione, corruit, ac tollitur obligatio fidejussoris in *l. in omnibus ff. de solut.* secundum naturam accessionis *l. nihil dolo. in fine, et l. cum principalis ff. de Reg. Jur.* Si igitur duo pluresve fidejussores eidem obligationi accesserint, sublata per solutionem principali obligatione, omnes liberentur necesse est. Et si principalis obligatio pro parte solvatur, pro rata parte quoque corruat omnium fidejussorum obligatio necesse est: cum enim omnes illae obligationes pares sint, et ejusdem conditionis, et eidem obligationi innitantur, subtracto fundamento, cui insistebant, nulla ratio est, cur non omnes ex aequo debeant intercidere. Cujuscumque obligationis fidejussoriae pars, quae adhaerebat parti illi principalis obligationis, quae dissoluta est per solutionem, amplius subsistere non potest, sublato fulcimento, a quo sustinebatur. Quemadmodum si eidem fundamento plures muri superstruuntur, subducta parte fundamenti, corruit pars omnium murorum, quae parti illi fundamenti erat superaedificata.

In proposita specie, si debitor solvisset quinquaginta proprio nomine, extincta fuisset ejus obligatio in quinquaginta, nempe pro dimidia parte; et quia huic parti jam extinctae obligationis adhaerebat dimidia pars obligationis tam Caji, 6
quam Maevii, utraque pro dimidia fuisset extincta, et tam Cajus, quam Maevius pro dimidia parte liberati: quapropter ut solus Cajus liberetur, necesse 7
est, ut debitor solvat nomine ipsius Caji; tunc enim Cajus liberatur perinde ac si ipse solvisset. *l. quoties. in princ. ff. de solut.* Potest enim quilibet pro alio solvere, eumque vel ignorantem et invi-

tum ab obligatione liberare *l. solutione* 23. *l. solvere* 53. *l. si pro me* 40. *ff. de solut. l. solvendo ff. de negot. gest. l. manifesti C. de solut.*

Verum tamen si Cajus, et Maevius in solidum essent obligati, ut solent fidejussores, debitor solvendo quinquaginta nomine Caji, liberaret etiam Maevium in quinquaginta, nam Cajus solvendo liberat etiam Maevium *l. umissi. in fin. ff. de fidejuss.* Nam in duobus reis uno solvente coeteri liberantur §. *ex hujusmodi Instit. tit. de duobus reis. l.* 2. *et l.* 3. §. 1. *ff. de duobus reis.* Et cum, Cajo partem solvente, liberetur pro ea parte debitor principalis, pro eadem parte reliqui omnes fidejussores liberentur necesse est, extincta principali obligatione.

Non sufficit igitur, debitorem princi-
8 palem solvere id, quod debet unus ex fidejussoribus, nisi etiam solvat ejus nomine. Ut puta, si Cajus, et Maevius fidejusserint non in solidum, sed singuli in quinquaginta; solvit quidem id, quod debet Cajus, non tamen liberat solum Cajum, nisi solvat ejus nomine; sed uterque, ut diximus, pro rata liberatur.

Aliquando tamen solvendo id, quod unus debet, eum solum liberat, etiamsi ejus nomine non solvat. Accidit id cum singuli fidejussores diversas res debent. Reus principalis debebat Stichum, et Pamphilum: de Sticho fidejussor est Ca-
9 jus, de Pamphilo Maevius. Si reus principalis Stichum solvat, utique solum Cajum liberat. Maevium autem liberare non potest, cum non solvat id, quod ipse debet *l. cum quis* 38. §. *qui hominem l. si quis aliam ff. de solut. l. si cum aurum ff. eod.* Item si debet pecuniam, quam in arca habet, et pecuniam, quam habet in vidulo; et pro pecunia, quam habet in arca, fidejussor sit Cajus, pro alia Maevius. Solvendo pecuniam, quam habet in arca, solum Cajum liberat, etiamsi non solvat ejus nomine. Idem dicendum de
10 reo, qui ex pluribus causis debeat. Nam solvens ex una causa liberat solum fidejussorem, qui pro ea causa intercessit: et si non declaret, ex qua solvat, liberabit fidejussorem, qui accessit duriori causae, quia in duriorem causam solutum videtur *l.* 1. 2. 3. 4. 5. *et seq. ff. de solut.* si pares causae sint, eum, qui pro antiquiori debito fidejussit, quia antiquius in pari causa gravius est *l.* 5. *in princ. ff. de solut.* et facit ad rem text. *in l. ubi fidejussor* 24. *ff. de solution.* in qua licet agatur de solutione facta a fidejussore duorum debitorum; tamen dubitari non potest, idem dicendum de solutione facta a debitore ex pluribus causis habente plures fidejussores, argumento *l. quoties ff. eod.* Quod si plures causae, et aeque pares sint, et aeque antiquae, uterque fidejussor pro rata liberabitur: solutio enim cedit in utramque causam pro rata *l. illud* 8. *ff. de solut.* Multo magis igitur uterque fidejussor pro rata portione liberabitur, si ex unica causa debeat, et solvat nomine proprio; et non declaret, se solvere nomine fidejussoris: semper enim pro semetipso solvere praesumitur *l. cum ex pluribus ff. de solut.*

Non sufficit, reum solvere nomine fi-
dejussoris, ut eum liberet ab obligatione. 11
Illud etiam necessario requiritur, ut solvat id, quod debet ille fidejussor, quem vult liberare: si enim aliud solvat, etiamsi solvat ejus nomine, illum non liberabit: quia nec si ipse fidejussor id solveret, liberaretur *l. si quis aliam, et l. si cum aurum ff. de solut.* solutione enim ejus quod debetur, tollitur obligatio. *princ. tit. Inst. de fidejuss.* Itaque si debeat Stichum, et Pamphilum, solvendo Stichum, non potest liberare eum, qui pro Pamphilo fidejussit, licet ejus nomine solvatur: et hoc est Juris explorati.

His expositis facile quivis intelliget, cur Cajus solvendo quinquaginta non possit a tota obligatione liberari. Cajus, et Maevius fidejussores in solidum succedunt
reo principali, qui debebat centum. Uter- 12
que incipit debere quinquaginta tamquam heres, et reus principalis, et haec am-

plius non debet tamquam fidejussor, quia per confusionem tollitur, et extinguitur obligatio fidejussoria, quae absorbetur a principali *l. generaliter in princ. ff. de fidejuss. l. cum quis §. ult. et l. si duo* 93. §. *penult. l. Stichum* 95. §. *quod vulgo ff. de solut.* non potest enim ea debere simul et tamquam principalis, et tamquam fidejussor, cum nemo possit esse fidejussor sui ipsius *l. heres* 21. §. *servo tuo ff. de fidejuss.* Cajus igitur debet quinquaginta tamquam reus principalis, quia est heres debitoris: et debet alia quinquaginta tamquam fidejussor Maevii, in quem translata est obligatio debitoris defuncti pro reliqua parte, pro qua ipse erat fidejussor defuncti. Etenim pro hac parte obligationis, quae in Maevium translata est, Cajus manet obligatus tamquam fidejussor, cum pro hac parte non sit sublata per confusionem obligatio fidejussoria. Eadem ratione Maevius debet quinquaginta, tamquam principalis, cum sit heres defuncti debitoris, pro quibus est fidejussor Cajus. Debet et alia quinquaginta tamquam fidejussor eorum quinquaginta, quae a Cajo principaliter debentur. Itaque uterque est debitor principalis, et fidejussor: Cajus est fidejussor Maevii, et
13 Maevius fidejussor Caji. Supponimus autem, defunctum fuisse verum debitorem, nam si naturaliter tantum fuisset obligatus, non tolleretur per confusionem obligatio fidejussoria, *l. heres §. servo tuo ff. de fidejuss.* Quia neque principalis obligatio potest perimere fidejussoriam, cum sit imbecillior et infirmior *l. Stichum. §. quod vulgo ff. de solut.* neque fidejussoria potest perimere principalem, cum ei accedat, eamque sequatur. *c. accessorium de Reg. Jur. in* 6.

Progrediamur a solutione Caji. Cajus solvit quinquaginta: aut ea solvit tamquam principalis, et heres defuncti, aut ea solvit tamquam fidejussor; si solvit ea quinquaginta, quae debet tamquam principalis, non potest liberari in iis quinquaginta, quae debet tamquam fidejussor, quia illa non solvit. Summa enim, quam debet tamquam principalis, diversa est a summa, quam debet tamquam fidejussor: cum non possit eamdem summam debere simul et tamquam principalis, et tamquam fidejussor, ut diximus. Non liberat autem fidejussorem, quem vult, qui non solvit summam ab eo debitam, ut probavimus. Praesertim quia si solvit tamquam principalis, non solvit nomine fidejussorio. Itaque solvendo quinquaginta, quae debet nomine hereditario, et tamquam principalis, liberat Maevium ab obligatione fidejussoria: quia pro ea summa fidejussor est Maevius. Eamdem enim summam, quam debet Cajus, tamquam principalis, debet Maevius tamquam fidejussor, eamque summam, quam Cajus debet tamquam fidejussor, debet Maevius tamquam principalis.

Quod si Cajus solvat tamquam fidejussor, liberatur quidem ab obligatione fidejussoria, non vero a principali. A principali enim obligatione liberat Maevium, cum solvat eam summam, quam debet Maevius tamquam principalis: *princ. Inst. tit. quib. mod. tollit. oblig.*

Fingamus, jam Cajum, et Maevium non fuisse fidejussores in solidum: sed utrumque pro aequis partibus, cum succedat uterque reo pro aequis partibus, pro dimidia parte per confusionem tollitur obligatio *l. 1. et l. pen. C. de hered. action.* itaque uterque debet quin- 14
quaginta tamquam heres, hoc est, tamquam reus principalis: et alia vigintiquinque tamquam fidejussor. In reliquis enim per confusionem sublata est obligatio. Quamobrem si Cajus solvat quinquaginta, quae debet tamquam heres defuncti debitoris, liberat Maevium pro summa eorum vigintiquinque, quae debet tamquam fidejussor. Quod si solvat 25. quae debet tamquam fidejussor, liberat Maevium in pari summa, hoc est in dimidio ejus, quod debet tamquam principalis.

Proponamus modo speciem, in qua Cajus solvens tamquam principalis, se

15 ipsum liberet ab obligatione fidejussoria. Fingamus, duos reos debendi sibi invicem in solidum esse fidejussores, et praeterea utrique fidejussorem in solidum esse Cajum. Moritur unus ex duobus reis, eique succedit Cajus ex asse, Per confusionem tollitur obligatio fidejussoria, qua antea obstrictus erat pro defuncto, cui successit. Manet tamen obstrictus tribus obligationibus. Prima est principalis, qua tenetur tamquam heres defuncti. Aliae duae sunt fidejussoriae: altera, qua et antea tenebatur, et nunc etiam tenetur pro reo superstite: altera, quae in eum translata est, per hereditatem, qua defunctus erat obstrictus tamquam fidejussor correi. Neutra enim ex his duabus obligationibus alteram extinguit, cum ambae pares sint, nec ulla potentior altera *l. generaliter ff. de fidejuss. l. si reus promittendi* 13. *ff. de duob. reis*, *l. non est novum* 10. *ff. de act. empt.* et nominatim in *l. heres* 21. §. 1. *ff. de*
16 *fidejuss.* Si Cajus, qui tribus hisce obligationibus obstrictus erat, aliquid solvat tamquam debitor principalis, pro parte soluta liberatur, et ab obligatione principali, et ab utraque obligatione fidejussoria: quis ex qua parte liberatur a principali obligatione, liberat et correum suum *l.* 2. *et* 3. §. 1. *ff. de duobus reis* §. 1. *Inst. tit. eod.* liberato autem correo, cujus ipse est fidejussor, necesse est, ut etiam ipse liberetur ex causa fidejussionis *l. in omnibus ff. de solution.* et quidem ex utraque causa, ex utraque obligatione, cum harum obligationum ea natura sit, ut non solum per solutionem utraque tollatur, sed etiam, ut altera in judicium deducta, altera consumatur *l. generaliter in fine ff. de fidejuss.*

Si quid simile acciderit, facillime poterit definiri, dum illud semper teneamus, non esse in arbitrio debitoris solventis liberare fidejussorem, quem voluerit, sed posse solummodo liberare eum fidejussorem, cujus nomine solvit, aut cujus debitum solvit, ut initio exposuimus. Neque in his controversiis dirimendis poterit quisquam errare, si accurate expenderit, quae summa solvatur, et quae debeatur a fidejussore, qui liberandus est.

CAPUT VII.

AD L. MARCELLUS 25.

ff. de fidejuss.

SUMMARIUM.

I. Proponuntur verba Legis: et quorumdam de ea sententiae.
II. Fidejussor pupilli tenetur; et quare.
III. Fidejussor prodigi, et furiosi non tenetur; et quare.
IV. Fidejussori non debet esse damnosum officium suum.
V. Quibus ex causis pupillus, furiosus, prodigus obligentur sine tutoris et curatoris auctoritate.
VI. Fidejubens pro pupillo, furioso, et prodigo obligatis, potest ab eis repetere quod solvit; et qua actione.
VII. Solvente fidejussore, pupillus, prodigus, et furiosus fiunt locupletiores.
VIII. In hac Lege agitur de restitutione in integrum.
IX. *Subveniendi* verbum refertur ad restitutionem.
X. Restitutio in integrum non prodest fidejussoribus.
XI. Fidejussor liberatur quoties habiturus esset regressum adversus reum jam liberatum.

Hanc Legem aggressi sunt fere omnes magni nominis Interpretes: quam prospero successu, alii judicent. Ego eam ita explicabo, ut nulla possit esse amplius controversia apud Viros Doctos, et non refractarios: neque tamen illam aut emendare ausim cum multis, aut ex Jure Civili expungere, quasi in ea proponatur Marcelli sententia, non tamen probetur, ut alii sunt arbitrati. Legis verba sunt 1
haec: *Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam mandati actio non competit.*

Duo occurrunt in hac Lege, quae homini etiam in Jure Civili exercitato scrupulum injicere possint. Primum, quod putaverit Marcellus, teneri fidejussorem

2 furiosi, et prodigi. Quod teneatur fidejussor pupilli sine tutoris auctoritate contrahentis in confesso est, dum ille sit proximus pubertati *l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. l. si pupillus* 35. *ff. de recept. arb.* Et ratio est in promptu: quia pupillus pubertati proximus contrahens sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l.* 1. *in fin. ff. de novat. l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quando dies leg. ced. l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falc. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. Stichum* 95. §. *aditio et* §. *naturalis ff. de solut.* Atqui naturali obligationi accedere posse fidejussorem non dubitatur *l. fidejussor* 16. §. *fidejussor ff. de*
3 *fidejuss.* §. *in omnibus Inst. eod.* Sed ut hoc verissimum est, ita falsissimum est, teneri fidejussorem prodigi, aut furiosi sine consensu curatoris contrahentium *l. si a reo* 70. §. *si a furioso ff. de fidejuss.* Et ne quis putet, fortasse hac de re fuisse controversiam inter Veteres Jurisconsultos; idem Ulpianus, qui Auctor est Legis, quam explicamus, diserte monet, fidejussorem prodigi, et furiosi non teneri, in *l. is cui bonis* 6. *ff. de Verb. obl.* Et merito: nam qui nullo modo est obligatus, nec naturaliter, nec civiliter, frustra dat fidejussorem *l. fidejussor* 16. *in princ. ff. de fidejuss.* at prodigus, et furiosus sine curatore nec naturaliter, nec civiliter obligantur, cum consensu destituantur, et si quid egerint, nihil egisse intelligantur *l.* 2. *ff. de jur. codicillor. l.* 5. *ff. de Reg. Jur. l. si a reo* §. *si a furioso ff. de fid. l. is cui bonis* 6. *ff. de V. O. l. furiosi* 40. *ff. de Reg. Jur.*

Secundum est, quod inepta videtur ratio adjecta in Lege nostra, cum potius videatur subveniendum fidejussori, quoniam mandati actionem non habet, ne ei
4 damnosum sit officium suum. *l. si servus* 61. §. *quod vero* 5. *vers. multo aequius ff. de furt. l. sed si quis* 7. *ff. testam. quem aper. l. cum quaedam* 26. *C. de admin. tut.*

Haec sunt, quae videntur contra rationem Juris ab Ulpiano, et Marcello prodita in *d. l. Marcellus* Sed re ipsa ejusmodi non sunt, ut videntur. Ac primum omnium observandum est, ibi agi de furioso, et prodigo, pupilloque obligatis sine auctoritate tutoris: verba Legis sunt: *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, etc.* Supponuntur igitur pupillus, furiosus, et prodigus obligati, ac propterea mirum non est, si obligetur, ac teneatur etiam eorum fidejussor. Non obligantur quidem 5
pupillus, furiosus, et prodigus contrahendo, nisi tutoris, et curatoris auctoritas intervenist, sed tamen etiam sine ullius auctoritate obligantur, quoties ex re actio venit; quoties scilicet obligatio non ex consensu nascitur, sed ex facto aliquo; ut si habeant fundum communem cum aliquo; et is aliquid in eum fundum impenderit, certe obligatur pupillus, furiosus, et prodigus ad refundendas impensas *l. furiosus* 46. *ff. de oblig. et act.* et quicumque alicujus ex his negotia gerit, eos sibi obligat, etiam tutore, et curatore ignorantibus *l.* 3. §. *pupillus. cum seq. ff. de negot. gest.* atque eadem de causa ipsi obligantur tutoribus, et curatoribus suis, et tenentur actione tutelae contraria *l.* 1. §. 1. *et* 2. *ff. de contr. tut. act.* et iis, qui pro tutore, vel curatore negotia gesserint *l. ult. ff. de eo qui pro tut.* Uno verbo, in obligationibus, quae sine consensu consistere non possunt, hi non tenentur sine tutoris, et curatoris auctoritate propter judicii imbecillitatem: at vero adstringuntur obligationibus illis, quae sine consensu contrahuntur, quia in his nullum obsistit impedimentum, quo fiat ut obligari non possint. Eum autem, qui fidejussit pro pupillo, furioso, prodigove his modis obligatis, teneri non ambigitur, cum omni obligationi possit accedere fidejussor *l.* 1. *l. graece* 8. §. 1. *cum seq. ff. de fidejuss.*

Atque haec suboluerunt etiam eloquen-
tissimo Donello: sed tamen rem non po-
tuit expedire. Hoc enim constituto non
solum inepta est ratio, quae adjicitur in
nostra Lege, sed omnino falsa. Ait enim
Marcellus, fidejussorem teneri, *quia man-
dati actio non competit.* Atqui si fingi-
mus, ibi fidejussorem intercessisse pro fu-
rioso, et prodigo obligatis, habebit fi-
dejussor, si non mandati actionem, sal-
tem actionem negotiorum gestorum *l.* 3.
6 *§. pupillus. cum seq. ff. de negot. gest.*
gerit enim eorum negotium utiliter fide-
jussor, cum pro illis Jure obligatis sol-
vit, eosque liberat ab obligatione *l. sed
videamus* 4. *ff. de negot. gest.* neque eo
confugere licet, quod fortasse illi, pro
quibus fidejussor solverat, locupletiores
facti non erant, cum hoc aestimandum
sit tempore litis contestatae *l. litis* 37. *in
pr. ff. de neg. gest.* nam primum in no-
stra Lege generaliter negatur actio fide-
jussori, cum tamen vix possit accidere,
7 ut ex illa solutione prodigus, et furiosus
non sint facti locupletiores, cum liberati
sint ab obligatione. Praeterea semper illi
fiunt locupletiores hoc ipso, quod non
sunt facti pauperiores, quia non sunt coa-
cti solvere propter fidejussorem, qui su-
scepit onus solutionis *l. in pupillo* §. 1.
ff. de solut. Quamobrem scopulum de-
clinantes in Syrtes impegimus; sed has
etiam praetervecti feliciter enavigabimus.

Animadvertendum igitur est, in ea
Lege pertractari de pupillo, furioso, et
prodigo Jure obligatis, ut diximus, et in
integrum restitutis. Nulla in ea Lege
mentio est restitutionis, sed tamen con-
jectura id facile assequi possumus. Pri-
8 mum enim Lex illa deprompta est ex li-
bro undecimo Ulpiani ad Edictum: quo
in libro certum est, Ulpianum pertra-
ctasse de restitutione in integrum, quae
minoribus a Praetore conceditur, ut con-
stat ex titulo, *ff. de minoribus*, in quo
sunt undecim, eaeque longissimae leges
depromptae ex libro 11. Ulpiani ad Edi-
ctum, in quibus de hac restitutione agi-
tur: et in *l.* 1. *ff. de min.* quae ex eod.
libro deprompta est. Ulpiani proponit
Edictum Praetoris de restitutione, ejus-
que explicationem exorditur, quam pro-
sequitur in legibus subsequentibus. Ac
si divinare licet, praeponenda erat haec
lex legi *in causae* 13. *ff. de min.* sed
quia in ea idem copiosus explicatur, hoc
fragmentum absciderunt compilatores, et
in locum hunc rejecerunt, cum in illa
l. in causae 13. nihilominus satis expli-
cetur quid Juris sit de fidejussore mino-
ris restituti, et in hac de minoribus non
pertractatur, quod in eo titulo proposi-
tum est; sed de pupillo, furioso, et
prodigo.

Praeterea observanda sunt verba illa
nostrae Legis: *magis esse ut ei non sub-
veniatur:* quae ut propria sunt restitu-
tionis; ita minime conveniunt, si gene-
raliter legem accipiamus. *Subvenire* e-
nim alicui dicimur, quoties ille tenetur
ipso Jure, sed ei aliquod indulgemus
auxilium, quo id consequatur, ut cogi
non possit ad solvendum: quod minime
convenit fidejussori obligato, de quo ine-
pte quis dixerit ei non subveniri, cum
nullus suppetat modus, quo ei subveniri
possit. Sunt autem haec verba aptissima
ad indicandam restitutionem: subveniri
enim ei dicitur, cui porrigitur auxilium
restitutionis, *l. minoribus* 6. *l. ait Prae- 9
tor.* 7. *§. sed etsi* 2. *et §. sed etsi* 5. *l.
si ex causa §. nunc videndum, cum
seq. l. verum § quid si ff. de min.* et
passim in eo titulo. Et aptissime idem
Ulpian. in *l. in causae* 13. *in princ. ff.
de min. Non est aequum fidejussori
in necem meam subveniri, sed potius
ipsi deneganda erit mandati actio: in
summa perpendendum erit Praetori,
cui potius subveniat, utrum creditori,
an fidejussori: nam minor captus neu-
tri tenebitur.* En eadem sententia, iis-
demque fere verbis expressa. Et in *l. mi-
nor* 51. *ff. de procur. Minor viginti-
quinque annis defensor idoneus non est:
quia et ipsi, et fidejussoribus ejus per*

in integrum restitutionem succurritur. Et in *l. si pupillus* 89. *ff. de acquir. vel om. her. Si pupillus hereditate se abstineat, succurrendum est et fidejussoribus ab eo datis.* Quamquam hic fortasse non agitur de restitutione, ut putant Interpretes.

His positis, nihil est in nostra lege, quod abhorreat. Finge enim pupillum, furiosum, aut prodigum jure obligatos sine tutore, aut curatore, quamquam furiosum, et prodigum, etiam cum curatore obligatos supponere possumus, cum in nostra lege contrarium non sit expressum. Ac si placet, finge speciem propositam in *l. si ex causa* §. *si in commissum ff. de min.* aut in *l.* 1. *C. si advers. delict.* quae tamen furioso convenire non potest. Hos autem ita obligatos propone fuisse in integrum restitutos: quaeritur an haec restitutio prosit etiam eorum fidejussoribus: seu an per restitutionem ipsis solummodo subveniatur, an etiam eorum fidejussoribus. Controversia adeo obscura, ut in ea nemo non caecutiat: sed et huic nos lucem
10 non modicam attulimus. Hac de re saepe etiam Veteres quaesivere, ac praesertim Ulpianus tum in *l.* 3. §. *sed utrum. vers. sed an hoc:* tum in *l. in causae* 13. *in princ. ff. de min.* Haec eadem controversia ab eodem Ulpiano proponitur in hac lege: et ex sententia Marcelli respondet, fidejussori non subveniri, sicut respondit etiam in *d. l. in causae* 13. *in princ. ff. de min.* Addit hanc rationem: *quoniam mandati actio non competit.* Ac merito quidem: quia si fidejussor haberet actionem mandati
11 adversus restitutos, necesse esset subvenire etiam fidejussori, ne foret inutilis restitutio iis, qui fuerant restituti, cum parum eorum intersit an a principali, an a fidejussore conveniantur. Idcirco quoties fidejussor habiturus est regressum adversus principalem, liberatur etiam fidejussor, ne principalis frustra sit liberatus, *l. ult. in fin. C. de usur. rei jud. l. quod dictum ff. de pact. l. sed si paterfamilias* §. *non solum ff. de S. C. Maced. l. cum lex* 46. *ff. de fid. l.* 1. §. *exceptionem in fin. ff. quar. rer. act.* Quamobrem idem Ulpianus etiam in *l. in causae* 13. *ff. de min.* monet, fidejussorem minoris restituti in integrum non habiturum mandati actionem. Quorsum enim restitutio, si possit minor a fidejussore conveniri? De his, quae diximus, credo non dubitabit, qui hanc cum illa lege contulerit, et utramque accurate perpenderit.

CAPUT VIII.

AD L. SI PUPILLUS 89.

ff. de acquir. vel om. hered.

SUMMARIUM.

I. Restitutio concessa minori non prodest fidejussori.
II. Minor adiens hereditatem indiget restitutione, ut possit abstinere; secus in pupillo.
III. Quando restitutio minoris prosit fidejussori.
IV. Deficiente causa obligationis debitor non tenetur, et potest se tueri exceptione doli.
V. Restitutio adversus inconsulto aditam hereditatem prodest etiam fidejussoribus; et quare?
VI. Exceptio doli transit ad fidejussores.
VII. Minor restitutus adversus aditam hereditatem nec naturaliter, nec civiliter manet obligatus.
VIII. Explicatur *l. si quis pro eo* 56. *de fidejuss.*
IX. Ubi naturalis manet obligatio, fidejussor non liberatur: secus si nec civilis, nec naturalis obligatio subsistat.
X. Naturales obligationes nec Praetor tollit, neque Jus Civile: et quare?

Quoniam incidimus in restitutionem in integrum, explicemus duas alias leges, quae eodem pertinent, Interpretibus nostris plus nimio molestas. Fatentur plerique omnes, restitutionem in integrum non prodesse fidejussori minoris, ita ut licet minor ipse per restitutionem liberetur, atque eximatur ab obligatione, tamen fidejussores ejus maneant obligati, ad text. in *l.* 1. *et* 2. *C. de fid.* 1
min. cum aliis. Duae sunt tamen leges, in quibus contrarium videtur affirmari.

Prima est, quam modo explicamus, *l.
si pupillus* 89. *ff. de acquir. vel om.
her.* verba legis haec sunt: *Si pupillus
se hereditate abstineat, succurrendum
est et fidejussoribus ab eo datis, si
ex hereditario contractu convenirentur.*
Idem confirmatur totidem fere verbis in
l. 2. *in fin. ff. de adm. et peric. tut.
Si satisdedit tutor, mox abstinuit pu-
pillus, fidejussoribus quoque ejus de-
bet subveniri.*

In his legibus agi putant Interpretes
de restitutione in integrum, quia agitur
de pupillo, qui jam adiit hereditatem,
et ut postea se abstineat, in integrum
2 restituendus est. Ego contra sentio. Ani-
madvertendum est, in utraque lege agi
de pupillo, non de minore. Hoc autem
minor, ac pupillus interest; quod mi-
nor, si se immiscuerit hereditati, non
potest se ab ea abstinere, nisi fuerit re-
stitutus in integrum: pupillus vero etiam
sine ulla restitutione potest se abstinere,
etiamsi se immiscuerit *l. impuberibus* 11.
et l. necessariis 57. *ff. de acquir. vel
om. hered.*

Atque ita facile eluditur argumentum.
Sed hic non haereo: qui fit enim, ut
pupillo se abstinente sine restitutione po-
tius liberetur fidejussor, quam si resti-
tutionem in integrum impetraverit, ea-
que impetrata se abstinuerit? Dico igi-
tur liberari fidejussores, etiamsi minor se
abstinuerit, cui certe necessaria est re-
3 stitutio. Ulpianus in *l. denique* 4. §. *sed
utrum. vers. sed an hoc ff. de minor.*
ait, restitutionem interdum prodesse fi-
dejussoribus. Hanc unam esse speciem,
in qua prodest restitutio fidejussoribus,
nullus dubito. Causam paucis aperiam.
Quotiescumque quis aliqua causa addu-
citur ad promittendum, si causa illa fal-
sa sit, aut ex post facto evanescat, non
tenetur. Obligatur quidem ipso Jure, et
conveniri potest: sed frustra convenitur;
quia repellere potest actorem exceptione
4 doli mali. *l.* 1. §. *circa ff. de dol. mal.
et met. except. l. Julianus* 7. *ff. eod.
l. si quis cum aliter ff. de verb. obl.*
Datur haec exceptio ex aequitate natu-
rali, quia aequum non est, ut cogatur
ad solvendum debitor, deficiente causa
illa, sine qua promissurus non fuisset
§. 1. *Inst. tit. de except.* Si igitur ali-
quis putans, se debere centum Titio,
ea centum ipsi promittat per stipulatio-
nem, licet summo Jure teneatur, et con-
veniri possit; tamen exceptione doli de-
fenditur *d. l.* 2. §. *circa. vers. proin-
de. et l. Julianus* 7. *ff. de dol mal. exc.*
uno verbo, tenetur civiliter, non natu-
raliter. Imo perinde est, ac si nulla es-
set ejus stipulatio *l. si dari* 25. *in fin.
ff. de V. O.* Et eleganter Paulus in *l.
qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred. Qui
pecuniam accepturus spopondit credito-
ri futuro, in potestate habet, ne acci-
piendo se ei obstringat.* Nimirum quia
deest causa, qua adductus fuerat ad pro-
mittendum.

Veniamus ad rem nostram. Minor, qui
adita hereditate spondet creditoribus he-
reditariis, se soluturum id, quod ipsis
a defuncto debebatur, eisque dat fide-
jussores, utique ideo promittit, quia pu-
tat, se ipsis debere, quod promittit, vi- 5
delicet, quia adeundo hereditatem cum
ipsis obligationem contraxit, aut potius
in defuncti obligationem successit. §. *ult.
Inst. per quas person. cuique acquir.*
cum similibus. Quando autem minor re-
stituitur in integrum (etsi eo tempore,
quo promisit, justam causam habuit pro-
mittendi) tamen nunc nullam idoneam
causam habet; cum heres non sit, nec
in eum transmissa sit obligatio defuncti.
Tutus igitur esse debet saltem exceptio-
ne doli mali, si conveniatur ex sua sti-
pulatione *l.* 2. §. *circa. vers. etsi. l. Ju-
lianus* 7. *ff. de dol. mal. exc. l. qui
pecuniam* 30. *ff. de reb. cred.* Atqui 6
exceptio doli mali transit etiam ad fide-
jussores, cum rei, causaeque cohaereat,
non personae. *l. exceptiones* 7. §. 1. *ff.
de except.* Et ad rem nostram accom-
modate Julianus in *l. si stipulatus.* 15.

in princ. ff. de fidejuss. Si stipulatus esses a me sine causa, et fidejussorem dedissem; fidejussori etiam invito me exceptio dari debet. Creditores hereditarii stipulati sunt a minore sine causa, quia per restitutionem factum est, ut ipse non sit heres, nec illi sint ejus creditores. Igitur omnino danda est exceptio fidejussoribus. Idcirco in legibus, quas explicamus, statuitur succurrendum, ac subveniendum esse etiam fidejussoribus.

Sed progrediar etiam longius. Dixi eum, qui falsa causa adducitur ad promittendum, teneri summo Jure, teneri civiliter; non teneri naturaliter. Minor igitur, cum per restitutionem evanescat causa promissionis, naturaliter non est
7 obligatus. Dico praeterea, nec civiliter quidem obligatum esse. Restitutio enim rescindit ipsam stipulationem, unde oriri posset illa obligatio mere civilis, illa obligatio inutilis, et quasi nulla: nam restitutione fieri solet irritus actus, unde minor laeditur *l. quod si §. 1. et §. restitutio. l. non omnia ff. de minor.* vel saltem inutilem prorsus efficit eam ipsam obligationem mere civilem, quia actionem denegat *l. patri §. si pecuniam ff. de minor.* Cum igitur minor nec naturaliter, nec civiliter amplius teneatur, fidejussores liberentur necesse est. *l. in omnibus ff. de solut.* Utar exemplo ad id, quod dicimus, confirmandum accommodato, quod mihi suppeditat Paulus in *l. si quis pro eo* 56.
8 *in princ. ff. de fidejuss.* Species ejus legis haec est, ut ego arbitror. Quidam, cum putaret, se libertum esse, juravit, se praestiturum operas ei, quem patronum suum credebat, eique dedit fidejussores: non tenentur fidejussores dati; ratio est in promptu. Non possunt fidejussores obligari, nisi principalis aut civiliter, aut naturaliter saltem sit obligatus. *l. fidejussor.* 16. *§. fidejussor. ff. de fidejuss.* In hac specie principalis non est obligatus civiliter, quia juramentum civiliter, et efficaciter obligat solos libertatis causa jurantes *l. ut jurisjurandi. in princ. ff. de oper. libert.* Non est obligatus naturaliter, quia promisit, quod putabat, se libertum esse, non promissurus, si scivisset, se libertum non esse: ac propterea cum errore lapsus sit, naturaliter aequum non est, eum obstringi §. 1. *Inst. tit. de except.* Quo fit, ut fidejussores ab eo frustra dati sint. Eadem ratio in re, qua de agimus. Minor non tenetur naturaliter, quia promissurus non erat, si scivisset, se nihil debere creditoribus defuncti, se heredem non esse. Non tenetur civiliter, quia obligatio etiam civilis irrita facta est per restitutionem in integrum. Eo igitur omnino liberato, liberantur etiam fidejussores *l. in omnibus ff. de solut.*

Atque hic animadvertendum est, cur in hac specie fidejussores liberentur, non vero in aliis. Nimirum hic minor ita contraxit, ut contrahendo non obligaretur naturaliter: quamobrem infirmata civili obligatione per restitutionem, nulla superest obligatio principalis, cui inniti possit, atque adhaerere obligatio
fidejussoris. At vero cum minor contra- 9
hendo naturaliter obligatur, per restitutionem non liberantur fidejussores: quia minor manet obligatus naturaliter; et quando principalis naturaliter obligatus manet, fidejussores non liberantur *l. ubicumque ff. de fidejuss.* Quod eo fit, quia tum naturalis obligatio, tum quic-
quid a Jure Naturali promanat, mutari 10
non potest, aut tolli a Praetore, vel Jure Civili *l. eas obligationes ff. de cap. min. l. 2. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. l. ubi pugnantia* 88. *§. 1. ff. de Reg. Jur. §. pen. Inst. tit. de Jur. Nat. Gent. et Civ. Inst. tit. de legit. agn. tut. in fin.* nascitur enim obligatio naturalis ex fide, quam minor praestitit. *l. cum amplius §. 1. ff. de Reg. Jur.* nec efficere potest Praetor, ut sit infectum, quod factum est *l. in bello l. facti ff. de captiv.* aut non convenisse de eo, quod convenerit.

CAPUT IX.

AD L. MINOR 51. *ff. de Procurat.*

SUMMARIUM.

I. Proponitur alius casus, in quo restitutio prodest fidejussoribus minoris.
II. Alienae litis nemo est idoneus defensor sine satisdatione.
III. Minor non est idoneus defensor: et quare?
IV. In omni judicio tres personae sunt necessariae, Actor, Reus, et Judex.
V. Subducto reo judicium corruit.
VI. Infirmato judicio corruit satisdatio judicialis.
VII. Satisdatio judicatum solvi quid contineat.
VIII. Cur liberentur fidejussores defensore in integrum restituto.
IX. Rescissa causa satisdationis, rescinditur ipsa satisdatio, et fidejussores liberantur.
X. Multo magis rescisso judicio, rescinditur satisdatio judicialis.
XI. Satisdatio judicialis erronea, nulla est.
XII. Exceptio, quae competit capite minutis; non extenditur ad fidejussores, nisi in satisdatione judiciali.
XIII. Lite mortua, non tenentur fidejussores judicatum solvi.
XIV. Mutata conditione rei conventi, fidejussores ejus liberantur.
XV. Judicio in dominum translato, liberantur fidejussores dati a defensore.
XVI. Petens restitutionem non impugnat, nec committit stipulationem de rato.
XVII. Reprehenditur eorum sententia, qui putant liberari fidejussorem, quoties principalis mutat qualitatem.

Jam vero ad aliam legem, superiori prope similem explicandam aggrediamur. Ulpianus in *l. minor* 51. *in princ. ff. de Procur.* diserte affirmat restitutionem in integrum prodesse etiam fidejussori, his verbis: *Minor viginti quinque annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est: quia et ipsi, et fidejussoribus ejus per in integrum resti-*
1 *tutionem succurritur.* Dubitandum non est, huc etiam pertinere id, quod indicatur in *l.* 3. §. *sed utrum. vers. sed an hoc ff. de min.* restitutionem interdum prodesse fidejussoribus: cum utraque lex sit ejusdem Ulpiani. Cur autem prosit in specie hujus legis, non in aliis, explicandum est.

Primum omnium observandum est, in hac lege agi de minore, qui volebat reum in judicio defendere. Nemo autem 2
alienae litis idoneus defensor est sine satisdatione *l. qui proprio* §. *qui alium ff. de proc. l. si ad defendendum* 10. *ff. de jud. solvi. l. un. in fin. C. de satisd.* §. *si vero et* §. *ult. Instit. eod.* non potest igitur ad defensionem minor admitti sine satisdatione: atqui minor frustra satisdat, cum possit in integrum re- 3
stitui, ac non solum ipse, sed etiam fidejussores in satisdatione adhibiti liberari *d. l. minor.* Quo fit, ut idoneus defensor non sit.

Sed hoc ipsum quaeritur, cur fidejussores liberentur. Meo quidem judicio ita se res habet. In omni judicio tres personae concurrant necesse est: Actor, 4
Reus, et Judex *l. ea quae C. commun. et ep. l. ult. C. quomodo, et quando jud.* Ac si desit aut Judex, aut Actor, aut Reus, nullum est judicium: est enim omne judicium de re controversa, cui Judex sententia sua finem debet imponere *l.* 1. *ff. de re jud.* non potest autem ulla esse controversia nisi inter duos, quorum alter dicat, alter neget. Qui dicit, actor est; qui negat, reus; qui finem controversiae imponit, Judex. Veniamus ad rem nostram. Minor, qui alium in judicio defendit, rei vicem gerit, rei personam sustinet *l. minor* §. 1. *ff. de proc. l. Titius* 76. *ff. eod.* per restitu- 5
tionem subtrahitur minor a judicio: confestim evertitur judicium, atque infirmatur, subtracto reo, sine quo judicium non potest consistere. Infirmato judicio 6
fit irrita omnis satisdatio, quae propter judicium fuerat interposita, deficiente scilicet causa, cui satisdatio innitebatur. Quid enim promittit defensor, ejusque fidejussores? promittunt judicatum solvi. Haec stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda, et de dolo malo. *l. judica-* 7
tum 6. *ff. jud. solvi.* Atqui non possunt teneri ex prima clausula ad solvendum judicatum: quid enim solvant, si nulla est res judicata; nullum judicium? non

tenentur ex secunda clausula ad defenden-
dum, et propter rem non defensam,
8 quia indefensa non est res, de qua Prae-
tor judicium accipere non cogit *l. vir
bonus* 18. *ff. jud. solvi:* Est autem ipse
Praetor, qui restituit in integrum, *l.* 1.
ff. de minor. et restituendo, non solum
non cogit, sed etiam vetat, judicium a
minore accipi. Denique non possunt te-
neri de dolo ex tertia clausula, cum
nullus dolus intervenerit, et minor Jure
permittente a judicio sit exemptus, et
bonus vir non arbitretur rem indefensam
esse *d. l. vir bonus* 18. *ff. jud. sol.*
non potest igitur committi stipulatio ju-
dicatum solvi.

Sed explicemus haec uberius, et si
fieri potest, etiam planius. Quoties re-
scinditur causa, propter quam fuerat in-
terposita satisdatio, infirmatur quoque
ipsa satisdatio, et liberantur fidejussores.
9 Exemplum nobis suppeditat Paulus in *l.*
3. *ff. de rescind. vend.* Celebrata erat
venditio, et propter venditionem inter-
posita satisdatio. Contrahentes a vendi-
tione recesserunt contrario consensu: re-
spondit Paulus, fidejussores liberatos es-
se. Obtinet hoc in contractibus, multo
magis in judiciis, in quibus sola muta-
tio personae satisdationem irritam red-
10 dit. Exemplis haec illustrabo. Qui inju-
riarum acturus erat, mortuus est; eo
mortuo finitur judicium, quia actio in-
juriarum ad heredes non transit. §. *non
autem Inst. tit. de perpet. et temp. act.*
cum igitur nullum sit judicium, nulla
causa, cui accessit satisdatio, licet haec
stipulatio sua natura ad heredem tran-
seat; tamen in hac causa fit irrita, et
fidejussores liberantur, rescissa causa,
cui innitebatur satisdatio *l. si eum.* §.
*qui injuriarum ff. si quis caut. in jud.
sist.* Rursus, si quis cum non teneretur
satisdare, per errorem satisdederit, fide-
jussoribus danda est exceptio *l.* 4. §.
11 *item quaeritur. ff. eod.* Rursus, si quis
his personis, quae agere non potuerunt
fidejussorem dederit, frustra erit datio
l. fidejussor 2. §. 1. *ff. qui satisd. cog.*
cur frustra datur fidejussor ei, qui age-
re non potest? nimirum quia judicium
ipsum est irritum, cum desit in judicio
idonea persona actoris. Sic frustra datus
est fidejussor a minore defensore, si po-
stea restituatur, cum desit idonea perso-
na rei. Quo fit, ut licet exceptiones, 12
quae competunt capite minutis, non ex-
tendantur ad fidejussores, argum. text.
in *l. defensiones* 11. *C. de except.* ta-
men in satisdatione judiciali contrarium
sit constitutum *l.* 4. *in princ. ff. si quis
caution.*

Etiam propius ad rem accedamus. Pau-
lus in *l.* 2. *ff. judic. solvi. Cum lite
mortua nulla res sit, ideo constat fi-
dejussores ex stipulatu judicatum solvi
non teneri.* Nihil clarius. Quoties lis est 13
mortua, quoties judicium est nullum,
ut fit, cum a judicio subducitur reus
per restitutionem, non tenentur fidejus-
sores. Etiam amplius. Non solum si a
judicio subtrahatur persona rei, fidejus-
sores liberantur, sed etiamsi mutetur con-
ditio personae, licet eadem judicium pro- 14
sequatur; tamen fidejussores liberantur.
Veluti si quis defendens absentem sine
ejus mandato, satisdederit; et postea man-
dato ejus procurator sit factus, aut ei
heres extiterit: quia non est eadem cau-
sa personae, fidejussores non tenentur
l. si ante acceptum 7. *ff. eod.* Hoc eo
magis dicendum in specie, qua de agi-
mus, in qua non solum mutatur condi-
tio, et causa minoris per restitutionem, 15
sed etiam minor omnino eximitur a ju-
dicio, et judicium amplius non prose-
quitur, ac proinde judicium in domi-
num, quem defendebat, transferendum
est: judicio autem in dominum transla-
to, non tenentur fidejussores, quos de-
fensor dedit *l.* 1. *in fin. ff. quib. mod.
pig. vel hyp. solv.* Praesertim cum, mi-
nore petente restitutionem, non solum
non committatur stipulatio judicatum sol-
vi, sed nec ipsa quidem stipulatio de
rato, quia petendo restitutionem, non 16

videtur impugnare stipulationem *l.* 3. *in princ. ff. rem rat. hab.* confugit enim ad auxilium commune, sibique a Jure tributum, ac propterea deficit conditio stipulationis *d. l.* 3. §. *falsus ff. rem rat. hab.*

Hoc tantum moneo, falsum videri: quod plerique Docti Viri respondent,
17 quod fidejussor, qui intercedit pro minore certae personae qualitatem induente, liberatur per restitutionem, quia fidejubendo videtur id egisse, ut ne teneretur, si minor eam qualitatem deponeret, quam revera deponit cum restituitur. Nam, ut omittam coetera, ex *d. l. si ante acceptum in princ. ff. jud. solvi*, constat, eum fidejussorem, qui intercessit pro procuratore, teneri, etiamsi ille desinat esse procurator, domino mandatum revocante. Nec liberatur fidejussor, etiamsi principalis deponat qualitatem procuratoris.

CAPUT X.

AD L. IN OMNIBUS 43.

ff. de solution.

SUMMARIUM.

I. Restitutione in integrum minor liberatur ab obligatione; et quare?
II. Liberato reo principali, semper liberatur fidejussor.
III. Quando non liberetur.
IV. Restitutio vim actionis obtinet, non exceptionis: luculenter probatur.
V. Restitutio, quae datur creditori adversus veterem debitorem a muliere liberatum, dicitur actio restitutoria, aut rescissoria.
VI. Explicatur *l. quod si minor ff. de minor.*
VII. Persecutiones actionis instar obtinent.
VIII. Exceptiones omnes, praeter personales, transeunt ad fidejussores.
IX. Si reus eximatur ab obligatione, fidejussor non liberatur.
X. Non potest subsistere obligatio, si reus ab obligatione eximatur: et quare?
XI. Non potest esse servitus sine re, vel persona, quae serviat.
XII. Quando possit, exempto debitore, subsistere obligatio.
XIII. Fidejussor debitoris hereditarii non liberatur restituta hereditate.
XIV. Fidejussor non liberatur per deportationem debitoris.
XV. Item non liberatur cum, altero exempto, alter ex duobus reis manet obligatus.
XVI. Explicatur *l. Uranius 71. ff. de fidejuss.*
XVII. Affertur ratio cur restitutio non prosit fidejussoribus.
XVIII. Fidejussor non liberatur, quoties reus omnino non liberatur. Minor per restitutionem non liberatur a naturali obligatione.
XIX. Naturalis obligatio nititur aequitate: item et in integrum restitutio.
XX. Naturalis aequitas non eodem modo semper aestimatur.
XXI. Praetor defensionem, et tutelam minorum suscepit.
XXII. Jus Civile impedit effectus naturalis obligationis quoad personam pupilli, non quoad accessiones.
XXIII. Mulier intercedendo naturaliter obligatur.
XXIV. Pro ea fidejussor obligatur, licet ejus obligatio improbetur S. C. Vellejano.
XXV. Minor restituitur etiamsi sit Decurio, aut Consiliarius.
Item quamvis gesserit actum cum consensu curatoris, et auctoritate Judicis.
XXVI. In restitutione spectatur factum laesionis, non peritia, aut diligentia in actu gerendo.

Antequam alio divertam, adhuc pauca subjiciam de restitutione in integrum. Hactenus refutavimus, et infirmavimus duo argumenta, quibus probari videtur, restitutionem in integrum prodesse fidejussoribus. Superest tertium, idque gravissimum, atque firmissimum. Restitutione
in integrum liberatur minor ab obligatione, sed liberato reo principali semper li- 1
beratur fidejussor. Ergo restitutione in integrum minoris liberatur fidejussor. Quod restitutione in integrum liberetur minor ab obligatione, dubitandum non est; nam restitutione in integrum rescinditur, et fit irritus actus ille, quo minor fuit obligatus *l. quod si* §. 1. *et* §. *restitutio l. non omnia ff. de minor. l.* 1. *C. si advers. trans.* et restituitur minor in eum statum, in quo erat antequam obligaretur *l.* 2. *C. in quibus caus. in integr. rest. necess. non est.* Illud quoque certissimum est, quod liberato minore, hoc
est, reo principali, liberatur etiam fide- 2
jussor *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* Verba legis haec sunt: *In omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora.* Omnes species libera- 3
tionum comprehendit Ulpianus: quod tamen intelligendum non est de liberationi-

bus, quae contingunt ope exceptionis:
nam in his fidejussor non liberatur, si
exceptio personalis sit *l. exceptiones* 7.
ff. de exception. l. si reus 12. *ff. judic.
solvi* §. *ult. Inst. tit. de replicat. l. etsi*
24. *ff. de re judic.* In aliis autem libe-
rationibus una tantum causa est, in qua
liberato reo principali, fidejussor non li-
beratur: videlicet cum ipsius fidejussoris
culpa perpetua fit obligatio, nempe cum
ipse rem debitam corrumpit, et interimit
l. mora 88. *in fin. ff. de verb. obl.*

Neque dici potest, restitutionem in in-
tegrum liberare minorem ope exceptionis,
et ideo hanc liberationem non pertinere
ad eas, de quibus agitur in *d l. in omni-
bus ff. de solution.* nam restitutio in in-
tegrum non exceptionis, sed actionis in-
4 star obtinet. Paulus *lib.* 1. *Recept. Sent.
Tit. de in integr. restit.* eam definit, *re-
dintegrandae rei, vel causae actionem.*
Actio appellatur ab Ulpiano in *l. non so-
lum* §. *est et casus ff. de procurat. et
in l. etiamsi* 29. §. *ult. ff. de minor.*
ibi: *ad agendum evocato.* Et omnia obti-
net, quae sunt propria actionum: agit
enim minor laesus: agit cum eo, ad quem
res amissa pervenit: agit de re amissa, ut
rescindatur actus *l. in causae* 13. §. 1.
ff. de minor. l. 1. *C. si advers. dot.*
potest agere per procuratorem, qui debet
satisdare de rato, nisi habeat speciale
mandatum: potest reus per alium se de-
fendere, et defensor satisdare debet judi-
catum solvi *l. illud* 25. §. *ult. cum l.
seq. ff. de minor.* transit ad heredes, si-
cut coeterae actiones *l. non solum* 6. *ff.
de in integr. restit. l.* 3. §. *Pomponius
l. minor* 18. §. *ult. ff. de minor. l. Sti-
chum* 95. §. *quod vulgo ff. de solution.*
Denique sicut actiones cedi possunt *l. hac
in factum* 14. *ff. quae in fraud. credit.*
sic cedi potest restitutio in integrum *l.
quod si minor* 24. *ff. de minor. l. alte-
rius* 20. §. 1. *in fin. ff. de tutelae et ra-
tion. distr.* Est igitur restitutio quaedam
species actionis rescissoriae, qua rescindi-
tur actus a minore gestus *l.* 1. §. 1. *ff.
ex quibus caus. major. in integr. restit.*
sicut restitutio, quae datur creditori, ut 5
ei restituatur actio adversus debitorem mu-
lieris intercessione liberatum, semper di-
citur actio restitutoria *l. quamvis* §. *Mar-
cellus et* §. *si mulier. cum seq. et l.
aliquando* §. *ult. ff. ad S. C. Vellejan.
l.* 3. §. 1. *ff. de eo, per quem fact. e-
rit.* seu actio rescissoria *l. si paternam*
8. *C. ad S. C. Vellejan.* Nec contra-
rium est, quod traditur in *l. quod si* 6
minor 24. *ff. de minor. ex hoc edicto
nulla propria actio, vel cautio profi-
ciscitur, totum enim hoc pendet ex
Praetoris cognitione.* Nam ideo non di-
citur propria actio, quia Praetor non dat
Judicem, sicut in aliis actionibus, sed
ipse de causa cognoscit, sicut cognoscit
de salariis, et honorariis Professorum *l.*
1. *C. mand. l.* 1. *ff. de extraord. co-
gnit.* de transactione alimentorum *l. cum
hi, quibus* 8. §. *si Praetor.* 17. *cum
seq. ff. de transact.* de fideicommissis *l.
pecuniae* 178. *ff. de verb. sig.* Hae
omnes etsi proprie sint extraordinariae
persecutiones, quia ad cognitionem Prae-
toriam pertinent, et proprie appellentur
persecutiones, tamen actionis instar obti- 7
nent, et generali actionis appellatione
continentur *d. l. pecuniae* §. *actionis ff.
de V. S. l. actionis* 37. *ff. de oblig. et
action.*

Neque illud est omittendum, quod si
restitutio esset exceptio, eo magis fide-
jussoribus prodesse deberet. Etenim etsi
exceptiones personales non prosint fide-
jussoribus, reales certe prosunt, omnes-
que aliae, praeter personales *l. exceptio-
nes* 7. *ff. de exception. l. ex persona*
32. *ff. de fidejuss.* At restitutio non es- 8
set exceptio personalis, nam exceptiones
personales ad heredes non transeunt *l.
maritum. cum seq. ff. solut. matrim.*
Restitutio autem transit ad heredes, ut
diximus.

Itaque ad argumentum respondent Vi-
ri eruditissimi; quod licet restitutione in
integrum minor liberetur; tamen ejus

obligatio non extinguitur, quia minor eximitur ab obligatione, manente ipsa obligatione, ut accidit in *l. ult. ff. de duob. reis, et in l. Uranius* 71. *ff. de fidejuss.* Quoties reus ita liberatur, ut ejus quoque obligatio intereat, utique liberantur etiam fidejussores, quia sublata principali obligatione, subsistere non
9 potest accessoria *d. l. in omnibus ff. de solut.* At vero quoties reus principalis eximitur ab obligatione, et adhuc durat ejus obligatio, non liberantur fidejussores, quia horum obligatio adhaeret obligationi principali, quae adhuc subsistit, licet exemptus sit, atque subductus reus principalis *d. l. ult. et d. l. Uranius ff. de fidejuss.*

Dicam quod sentio, fatebor tarditatem meam. Non intelligo, qui fieri possit, ut eximatur debitor ab obligatione, et subsistat ejus obligatio. Neque enim potest esse obligatio, ubi nulla est persona, quae sit obligata *l. quoties* 14. *in fin. ff. de novat.* Annon obligationum substantia in eo consistit, ut aliquem nobis obstringat ad dandum, vel faciendum? *l.*
10 *obligationum substantia in princ. ff. de oblig. et action.* Ergo si nemo sit obstrictus, deficiet substantia obligationis, ac propterea etiam ipsa obligatio. Annon obligatio est Juris vinculum, quo necessitate quis adstringitur? *princ. tit. Inst. de oblig.* potestne fieri, ut supersit vinculum, quo quis adstrictus sit, si ille non sit adstrictus? at haec sunt ajentia, et negantia. Quid? quod, ut Philosophi omnes docent, non potest esse qualitas
11 sine subjecto, cui inhaereat. An potest esse servitus, nisi sit aliqua res, vel persona, quae serviat, cuique servitus inhaereat, atque affixa sit? minime vero: sublato corpore necesse est tolli Jus, quod ipsi inhaerebat. *l.* 2. *ff. de usufr. l.* 3. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de liber. leg.* §. 3. *Instit. tit. de servitut.* An potest esse dominium alicujus rei, nisi sit aliquis ejus dominus? Ne hoc quidem. Igitur nec obligatio potest subsistere, nisi aliquis sit obligatus.

Neque confirmat eorum sententiam *d. l. ult. ff. de duob. reis.* Neque enim ignoro, aliquando eximi debitorem ab obligatione, licet obligatio ipsa non intereat: sed id solummodo potest evenire 12
quando exempto, subductoque debitore, alia subest persona, cui possit cohaerere, atque inniti obligatio. Accidit id duabus in causis. Prima est, quando alius debitor succedit, et substituitur in locum debitoris exempti. Exempla sunt haec. Heres fidejussorem accepit a debitore hereditario, postea restituit hereditatem fideicommissario: eximitur ab obligatione heres, sed quia in ejus locum substitui- 13
tur fideicommissarius, idcirco non perit ejus obligatio, nec fidejussores liberantur *l. heres* 21. *in princ. ff. de fidejuss.* Alterum sit hujusmodi. Debitor principalis 14
deportatus est, ejusque bona fiscus occupavit. Deportatus eximitur ab obligatione *l.* 2. *et* 3. *ff. de sent. pass. l. servus* 30. *ff. de oblig. et action. l. tutelas* 7. §. *ult. ff. de capit. minut.* Sed tamen non extinguitur ejus obligatio, nec fidejussores liberantur *l.* 1. *et l. sententia* 20. *C. de fidejuss.* quia in ejus locum subrogatur fiscus, qui successoris loco habetur, ejusque obligationibus obstringitur. *l.* 2. *C. ad leg. Jul. de vi publ. l. si ut proponis.* 5. *C. de bon. poscript. l. si ademptis* 5. *C. de sentent. pass. l. si marito* 31. *in princ. ff. solut. matrim. l.* 2. *C. eod. l. si tutor* 9. §. *sed etsi fuerit ff. de tutel. et ration. distr. l.* 2. §. *ult. ff. de alim. legat. l. in facto* 60. *in fin. ff. de condit. et dem.*

Secunda causa est, quando plures sunt debitores ejusdem rei: tunc enim unus ex illis ab obligatione eximi potest, non extincta ipsa obligatione, manet enim alter obligatus, et ideo subest persona, cui inhaerere possit obligatio: quemadmodum accidit in adducta *l. ult. ff. de duob. reis.* Ibi duo erant rei, si alter 15
ex his deportetur; non extinguitur obligatio, quia subsistit in altero reo, et solus eximitur atque subducitur ab obli-

gatione deportatus. Quapropter obligatus est etiam fidejussor, non quidem pro deportato *l. si debitori* 47. *in princ. ff. de fidejuss.* sed pro altero reo, qui manet obligatus, et in quo subsistit pristina obligatio; est enim duorum reorum una tantum obligatio *l. in duobus* 3. *in fin. ff. de duobus reis.*

At vero in casu nostro, in quo unus dumtaxat est reus, non potest ipse eximi ab obligatione, quin ipsa obligatio extinguatur: neque enim superest ulla persona, cui possit inhaerere. Et hanc differentiam indicat Paulus in *l. Ura-*
16 *nius* 71. *ff. de fidejuss.* ubi ait, quod si unus sit debitor principalis, eique succedat creditor, non est dubitandum, tolli obligationem principalem, et cum ea etiam fidejussoriam: at vero quando duo sunt debitores, et creditor uni succedit, eximitur ab obligatione ejus persona, et subsistit obligatio in altero reo, et ideo nec fidejussor liberatur. Perperam igitur ex *d. l. ult. ff. de duob. reis* deducitur argumentum, quia ibi duo sunt rei, cum in casu nostro sit unus. His animadversis, facile posset definiri, quandonam confusio debitorem eximat ab obligatione, quando ipsum liberet solutionis potestate, in qua quaestione mirum in modum se torquent Interpretes nostri. Sed de hac fortasse alias opportunius: ad argumentum propositum revertamur.
17 Puto, verissimum esse, quod quidam existimarunt, restitutionem in integrum non prodesse fidejussoribus, quia non omnino liberat minorem ab obligatione. Quoties reus principalis aliquo modo ma-
18 net obligatus, vel solum naturaliter, non liberatur fidejussor *l. ubicumque* 60. *ff. de fidejuss.* nam etiam ab initio naturali obligationi potest accedere fidejussor. *l. stipulatus* 6. *in fin. et seq. ff. eod. tit.* igitur fidejussor etiam post restitutionem minoris manet obligatus, quia minor per restitutionem non liberatur ab obligatione naturali. Restitutionem enim concedit Praetor, qui naturales obligationes tollere non potest *l. eas obligationes* 8. *ff. de capit. min.* cum Naturalia Jura mutari, subvertique non possint §. *pen. Inst. tit. de Jure Nat. Gent. et Civil. Inst. tit. de legit. agnut. tut. in fin. l. ubi pugnantia* 188. §. 1. *de Reg. Jur. l.* 1. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer.* et cum naturalis obligatio nascatur ex fide, quam praestitit minor in contrahendo *l. cum amplius* §. 1. *ff. de Reg. Jur.* non potest Praetor efficere, ut praestita non sit fides, quae vere praestita est *l. in bello* §. *facti ff. de capt. et postlim.*

Sed videntur haec omnia facile con-
velli posse hoc argumento. Naturalis obli- 19
gatio aequitate nititur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de solution.* sed restitutio a Praetore conceditur ex aequitate *l.* 1. *in princ. ff. de minor. l. Divus Antoninus* 7. *ff. de in integr. restit.* ergo vinculum, quo minor obstringitur, caret naturali aequitate, ac proinde etiam naturali obligatione. Neque enim naturalis aequitas contraria potest suadere, et ut sit obligatus, et ut non sit obligatus.

Ad hoc respondetur, quod etsi una sit, atque eadem naturalis aequitas, tamen non semper eodem modo aestimatur, et ideo aliud, atque aliud potest suadere. Aliquando aequitas aestimatur ad merum Jus Gentium: interdum cum praeceptis Civilibus, et Praetoris, neque idem suadet hoc vel illo modo aestimata: ut optime ad rem nostram no-
tat Tryphonius in *l. bona fides ff. de-* 20
posit. si naturalem aequitatem aestimemus ad Jus Gentium, utique minor est naturaliter obligatus, cum fidem dederit intelligens id, quod agit, neque ab adversario deceptus sit *l. cum amplius* §. 1. *ff. de Reg. Jur. l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de constit. pecun.* si vero naturalem aequitatem aestimemus cum praeceptis Civilibus, et Praetoriis, suadet restitutionem in integrum, cum et Jus Civile, et multo magis Praetor tutelam minorum susceperit, et misereatur eorum imbecillitatis, quae multis captionibus est

obnoxia. *d. l.* 1. *in princ. ff. de minor.* Sed hoc non impedit, quominus minor
21 naturaliter maneat obligatus: nam aequitas illa accommodata Regulis Civilibus, ac Praetoriis, hoc solum suadet, ut Praetor opem ferat laesis, quorum tutelam suscepit, ut eos a damno eximat, et reddat immunes, quod efficitur restitutione in integrum, etiamsi minor maneat naturaliter obligatus, cum haec obligatio ipsi non noceat. Cum autem Praetor tutelam minorum susceperit, non fidejussorum: idcirco de eorum fidejussoribus non curat, dummodo non noceat ipsis minoribus. Non multo dissimilis est ratio pupillorum. Pupillus pubertati proximus, hoc est, doli capax, contrahendo sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur *l. hoc jure* 19. §. *si quis servo ff. de donat. l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falc. l. si ejus* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quan. dies legat. ced. l. ult. in princ. vers. nam si ff. de jurejur. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut.* Verum quia Jure Civili constitutum est, ne pupillus sine tutoris auctoritate conditionem suam facere possit deteriorem *princ. tit. Inst.*
22 *de auct. tutor.* idcirco Jus Civile impedit omnes effectus hujus obligationis, qui afficerent personam ipsius pupilli, eique nocerent, cujusmodi sunt retentio, et compensatio. Quo factum est, ut cum haec obligatio personam pupilli non afficiat, et quoad eam sit prorsus inutilis, aliquando dicatur pupillus nec naturaliter quidem obligatus *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb. l. pupillus ff. de obligat. et action.* non impedit tamen Jus Civile, quominus haec obligatio noceat accessionibus, noceat fidejussoribus *l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solution. l.* 1. *in fin. de novat. l. si pupillus* 127. *ff. de verb. obl.* Quapropter pupillo ab omni periculo subtracto, fidejussor ejus recte obligatur *d. l. si pupillus.* sic Praetori satis fuit per restitutionem in integrum a periculo damnoque obligationis subtrahere minorem, cujus tutelam susceperat: coeterum de fidejussoribus ejus non curat *l. in causae* 13. *vers. in summa ff. de minorib.* et ideo obligatio naturalis minoris etsi vires suas non exerat contra personam minoris impediente Praetore; exerit tamen contra ejus fidejussores, et accessiones.

Haec omnia confirmamus exemplo mulieris. Mulieribus intercedentibus subvenit S. C. Vellejanum eadem de causa, qua Praetor subvenit minoribus, hoc est 23
propter earum imbecillitatem, quia multis casibus suppositae sunt *l.* 2. §. *verba ff. ad S. C. Vell. juncta l.* 1. *in princ. ff. de minor.* et eadem aequitate suadente *d. l.* 2. §. 1. ibi, *et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum.* Atqui certum est, mulierem intercedendo naturaliter obligari, nam et novat obligationem *l.* 1. §. *ult. l. si mulier* 14. *et l. ult.* §. *pen. ff. eod.* et pro ea fidejusso- 24
res obligantur, licet eorum quoque obligatio improbetur *l. si mulier* 16. §. *ult. ff. eod.* Igitur si naturalis aequitas, qua mulieris obligatio improbatur, non impedit, quin mulier naturaliter obligetur: nec impedire debet, quin obligati sint naturaliter minores, licet naturali aequitate restituantur.

Et sane cum minor restituatur, etiamsi in rebus gerendis sit navus, et industrius, etiamsi sit Decurio, sit Consiliarius *l.* 2. *C. de in integr. rest. min. l.* 1. *C. qui et advers. quos*: etiamsi ad confirmandum ejus actum accesserit curatorum consensus, decretum Judicis, 25
Magistratus auctoritas *l.* 1. *et* 4. *C. si advers. rem jud. l.* 2. *C. de fidejus. min. l.* 1. *et toto tit. C. si tut. vel curat. l. ult. C. de fil. fam. min.* quis possit dubitare minorem tam expertum, ex actu tanto consilio, tanta auctoritate gesto naturaliter obligari? An dicemus hunc non intellexisse id, quod ageret? Itaque in hac restitutione constat, potius factum 26
laesionis spectari, quam facti rationem, et diligentiam, et experientiam minoris

l. 1. C. qui et advers. quos l. 1. §. apparet cum seq. ff. de minor.

CAPUT XI.

AD L. DEBITOR 59. IN PRINC.

ff. ad S. C. Trebell. et l. cum quis 38. §. ult. ff. de solution.

SUMMARIUM.

I. Quando confusione tollatur obligatio.
II. Debitoris, et creditoris; item debitoris, et fidejussoris personae distinctae esse debent.
III. Quando confusio habeat vim solutionis; aut solum eximat ab obligatione debitorem, et nn. seqq.
IV. Explicatur *l. heres 21. in fine ff. de fidejuss.*
V. Cum unus tantum est debitor, confusio habet vim solutionis.
VI. Confusio non habet vim solutionis ex aequitate, sed ex quadam necessitate.
VII. Confusio tollit obligationem etiam quoad pignus.
VIII. In omnibus speciebus liberationum pignus tollitur, sive ipso Jure, sive ope exceptionis debitor liberetur.
IX. Pignus manet obligatum quando superest naturalis obligatio.
X. Cum creditor causa cecidit plus petendo, vel lapsu temporis actione submotus est, pignus non liberatur.
XI. Confusione tollitur etiam naturalis obligatio.
XII. Qui cogitur adire, totam restituit hereditatem.
XIII. Semel heres semper heres.
XIV. Quando remaneat obligatio naturalis non obstante confusione.
XV. Subtilitate Juris tollitur confusione obligatio fidejussoria.
XVI. Praetor dat separationem bonorum fidejussoris, non obstante confusione.
XVII. Obligatio pignoris trahitur de casu ad casum; explicatur exemplis.

Ostendimus supra quando debitor eximi possit ab obligatione, non sublata ipsa obligatione. Ea, quae ibi diximus, lucem, praeferre possunt obscurae quaestioni de confusione obligationum. Confusione tollitur obligatio, cum duae per-
1 sonae, quas in obligatione distinctas esse oportet, in unam coeunt per successionem· Itaque cum debitor, et creditor distincti esse debeant, nec possit quisquam sui ipsius debitor, aut creditor esse *l. si ei cui in princ. ff. de evict. l. cum filiofam. 11. vers. ipsi vero ff. de legat. 1.* si per successionem concurrat in eamdem personam utriusque persona, confusione tolletur obligatio *l. sicut 75. l. Stichum 95. §. aditio ff. de solut.* et alibi passim. Item cum distinctae esse debeant personae debitoris, ac fidejussoris, ac nemo pro se ipso fidejussor esse possit *l. heres 21. §. servo tuo, in fin. ff. de fidejuss.* ideo si per 2
successionem hae duae personae in unam coeant, tollitur obligatio fidejussoria, quoties plenior est obligatio principalis *l. si duo 93. in fin. l. Stichum 95. §. aditio ff. de solution. l. debitori 50. in fin. ff. de fidejuss. l. heres 21. §. servo tuo ff. de fidejuss.*

Quaeritur autem, quandonam haec confusio solutionis habeat potestatem. Aliquando enim haec confusio debitorem 3
eximit ab obligatione, aliquando solutionis potestate tollit omnem obligationem. Equidem sic existimo: confusione eximi debitorem ab obligatione, neque enim alia de causa tollitur obligatio, nisi quia deficit persona debitoris, cum idem homo, et creditoris, et debitoris personam gerere non possit, et sui ipius esse debitor. Quia vero exempto debitore aliquando permanet obligatio, aliquando vero omnino extinguitur: primo casu manente obligatione solum reus eximitur, atque subtrahitur, nec habet potestatem solutionis confusio: secundo casu potestatem solutionis habet, quia tollitur omnis obligatio, sicut tollitur solutione *princ. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Itaque quod habeat, vel non habeat vim, et potestatem solutionis ex eo pendet, num potuerit eximi reus manente obligatione, vel non potuerit. Et hoc indicat *J. C. in l. heres 21. in fin. ff. de fidejuss.* ubi ait, quod cum post confusionem 4
factam inter creditorem, et fidejussorem maneat debitor principalis obligatus, non potest dici solutionis potestate sublatam obligationem. Potest autem, ut supra diximus, quoties plures sunt debitores ejusdem rei. Quando vero unus est tantum,

modo debitor, eo exempto, necesse est tolli totam obligationem, quia nulla superest persona, in qua consistere possit obligatio. Quo fit, ut si plures sint debitores ejusdem rei, confusio non habeat vim solutionis, quia uno exempto, coeteri manent obligati. Ac propterea si duo sint rei debendi, et creditor uni ex illis succedat, eximitur ille reus ab obligatione, non solutionis potestate tollitur obligatio *l. Uranius* 71. *vers. sed. cum duo rei ff. de fidejuss.* Item si fidejussor debitori heres existat, confusio non habet vim solutionis; manet enim obligatus tamquam principalis *l. si duo* 93. *in fin. ff. de solut.* cum aliis, quas supra adduximus. Imo si duo erant debitores, manet etiam obligatus tamquam fidejussor alterius, cui non successit *l. heres §. cum tu ff. de fidejuss.* Denique si fidejussor creditori succedat, eximitur ab obligatione fidejussor, sed reus principalis manet obligatus *l. Uranius* 71. *vers quod si creditor. l. heres* 21. §. *quod si*, *et* §. *ult. ff. de fidejussor.* his igitur in causis non habet potestatem solutionis confusio, quia plures erant debitores ejusdem rei, et potest unus ita eximi, ut non extinguatur omnis omnino obligatio. Atque idem dicendum, quando alius in locum exempti debitoris potest subrogari. Nam, ut supra diximus, etiamsi unus sit debitor, potest tamen eximi ab obligatione, si alius in ejus locum substituatur, ac subrogetur, in quo consistere possit obligatio, ut accidit in *l.* 2. §. *cum quis*, *et in l. si hereditatem ff. de hered. vel act. vend. et in l. quod bonis* §. *quod avus ff. ad Leg. Falcid.*

At vero quando unus tantummodo debitor est, cum, eo deficiente, nemo supersit, in cujus persona subsistat obligatio, utique ea funditus tollitur, quemad-
5 modum tollitur solutione, aut compensatione, ut in *l. quae dotis* 33. *ff. solut. matrim. in l. debitori* 50. *ff. de fidejuss. l. sicut* 75. *ff. de solut. l. si id quod* 21. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Et ita nos monet Paulus in *l. Uranius ff. de fidejuss.* ubi ait, quod si unus tantum sit debitor, eique successerit creditor jure solutionis, tollitur obligatio: secus autem si duo fuerint debitores. Nec obstat, quod jure solutionis tollatur, etiamsi intercesserint fidejussores, ac mandatores; et proinde plures sint debitores ejusdem pecuniae *l. Uranius et l. heres* 21. §. *quod si*, *et l. si Stichum* 38. *ff. eod tit.* Nam facile respondetur, quod licet plures sint debitores, tamen cum non possit eximi debitor principalis, quin liberentur etiam fidejussores *l. in omnibus ff. de solution.* perinde est, ac si unus esset debitor, quia, hoc exempto ab obligatione, necesse est, ut tota extinguatur obligatio; ac proinde solutionis vim obtinet exemptio, atque confusio. Unde nostra sententia
potius confirmatur. Ex his constat, con- 6
fusionem habere vim solutionis non ex aequitate, sed quadam necessitate: quia cum unus est debitor, eo subtracto, necesse est omnino tolli obligationem: quemadmodum tollitur solutione.

His praemissis examinemus oportet, quod putant Viri doctissimi, confusionem vim solutionis non habere quoad pignus, cum per confusionem principalis obliga-
tionis pignus non liberetur, sicut libe- 7
ratur fidejussor. *l. debitor* 59. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. cum quis* 38. *ff. de solut.* quia pignoris causa continet hanc conditionem, ut non liberetur, nisi pecunia soluta sit, aut alio modo satisfactum creditori *l. grege* 13. §. *etiam ff. de pignor.* facit text. *in l. ex sextante. pen. in fin. ff. de except. rei judic.*

Ego vero numquam adduci potui, ut crederem, extincta penitus principali obligatione, durare obligationem pignoris, cum contrarium nominatim traditum sit in *l. in omnibus* 43. *ff. de solut.* et hac in re comparetur pignus fidejussori *d. l.*
in omnibus. Praeterea certum est, omni- 8
bus speciebus liberationum pignus extingui, sive ipso jure liberetur debitor, sive ope exceptionis. Non dico de solutione, et compensatione, de quibus nemo.

potest dubitare: sed et novatione pignora tolluntur *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. solutum* 11. §. *si quasi ff. de pign. act.* item acceptilatione *d. l. solutum.* pacto de non petendo *l. si tibi* §. *de pignore ff. de pact. l.* 5. §. 1. *ff. de pign.* jurejurando, et re judicata, *l. si deferente. in princ. et in fin. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* licet in plerisque causis nulla sit satisfactio creditoris. Denique, si posset pignus sine ulla principali obligatione subsistere, cur tam sollicite quaereret de naturali obligatione Paulus in *l. debitor.* 59. *ff. ad S. C. Trebell.* Aliis argumentis haec sententia perspicue posset demonstrari, sed non est hic locus opportunus.

Veniamus ad *d. l. debitor.* 59. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Dico, pi-
9 gnoris obligationem in ea lege non tolli, quia superest naturalis obligatio, cui adheret: ut ostendit J. C. illis verbis *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio:* quae modo explicabimus. Idem ostendit J. C. exemplo illo, *quemadmodum cum amissa est actio propter exceptionem*: quo casu dubitandum non est, superesse naturalem obligationem; haec enim verba referri non possunt ad eum, qui tutus sit aliqua ex illis exceptionibus, quas supra numeravimus, hic enim tutus est eadem exceptione etiam
10 quoad pignus, ut diximus. Referuntur igitur ad eum, qui plus petendo causa cecidit §. *si quis* 33. *Inst. tit. de action.* quo casu pignus perseverat. *l. servum* 27. *ff. de pign.* aut qui tempore actionem amisit *l. qui occidit.* 30. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* Quo referenda etiam fortasse est *l.* 2. *C. de luit pign.* nam et in hac agitur de actione submota, quod accidit, quoties quis desinit esse obligatus civiliter, manet tamen obligatus naturaliter; tunc enim vere submovetur actio, non tollitur penitus obligatio. Cum igitur illis casibus debitor subtilitate Juris liberatus manet obligatus naturaliter, etiam in casu *d. l. debitor*, manebit naturaliter obligatus, cum casus hic dicatur esse similis illis. Adde quod in *d. l.* solutum repeti non potest, quod certissimum est argumentum naturalis obligationis *l. naturales* 10. *ff. de oblig. et act. l. quia naturalis ff. ad S. C. Maced. l. si non sortem* 26. §. *libertus l. si quod* 64. *ff. de condict. indeb.* Cum igitur heres maneat naturaliter obligatus, pignus debet perseverare *l. quaesitum* 14. §. 1. *ff. de pignor.*

Non extinguitur autem naturalis obligatio in *d. l. debitor*, quia licet confusione soleat extingui etiam obligatio naturalis, ut probari potest ex *l. frater a fratre* 38. *ff. de condict. indeb. et ex l. heres* 21. §. *quod si ff. de fidejuss.* 11
tamen in *d. l.* non extinguitur, quia coactus heres adiit hereditatem; ac proinde statim totam restituere cogitur *l.* 4. *l. nam quod* 14. §. *qui compulsus l. ita tamen* 27. §. *qui suspectam, et* §. *si* 12
praeceptis l. si patroni 55. §. *quid ergo ff. ad SC. Trebell.* Non est autem aequum, ut amittat jus suum, qui hereditatem accepit invitus, ut statim restitueret: neque enim videtur capere, qui cogitur alii restituere *l. non videtur capere ff. de Reg. Jur.* obligatio autem naturalis sola aequitate nititur *l. Stichum* 13
95. §. *naturalis ff. de solut.* Et licet, qui semel fuit heres, sit semper heres §. *restituta* 3. *Inst. tit. de fideic. hered. l. ei qui* 88. *in fin. ff. de hered. instit.* tamen hoc inductum est ratione Juris Civilis, quae naturalem non tollit obligationem.

Observanda autem sunt illa verba Jurisconsulti: *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Nam licet haec obligatio naturalis in quibusdam causis a Jure Civili non consideretur, et sit inutilis; tamen quoad causam pignoris remanet, et utilis est: cum pignus nitatur 14
aequitate praetoria, a qua actionem obtinet §. *item Serviana Instit. tit. de action.* et passim. Praetor autem subtilitatem Juris insuper habet, et solam aequitatem

spectat. Exemplis afferendis supersedemus; sunt enim trita ac pervulgata: unum tamen omittere non possum. Praetor ex aequitate concedit creditoribus separationem bonorum. *l.* 1. *ff. de separat.* si debitor fidejussori suo heres existat, confunditur obligatio, et fidejussoria tollitur a principali, ut initio diximus. Sed hoc fit subtilitate Juris, quod major minorem tollat, *l.* 3. *in princ. ff. de sepa-*
15 *rat.* Neque enim naturaliter repugnat, eumdem teneri et principali; et fidejussoria obligatione *l. heres* 21. §. *servo tuo ff. de fidejuss. l. Stichum* 95. §.
16 *aditio ff. de solution.* Igitur cum sola Juris Civilis ratione sit constitutum *d. l.* 3. manet naturalis obligatio fidejussoria, quae etsi a Jure Civili non consideretur, et pro nulla habeatur; tamen consideratur a Praetore, qui solam aequitatem intuetur, et dat separationem bonorum fidejussoris, quemadmodum si non esset sublata fidejussoris obligatio *d. l.* 3. *in princ.* Non aliter in casu nostro manet naturalis obligatio propter pignus, quia obligationem naturalem Praetor tuetur dando, actionem hypothecariam, quae obligatio alioquin a Jure Civili nihili penderetur.

17 Superest text. *in l. cum quis* 38. §. *ult. ff. de solut.* Observandum est, quod licet fidejussoris obligatio, quae stricti Juris est, non trahatur, ut ajunt, de casu ad casum; trahitur tamen obligatio pignoris. Itaque quoties pignus accessit alicui obligationi, quae contracta sit alterius obligationis gratia, pignus tenetur etiam pro hac obligatione, licet huic non accesserit. Elegantissimum exemplum proponitur in *l. ult. ff. in quib. caus. pign. tac. contrah.* Aliud exemplum est in *l. solutum* 11. §. *solutam. vers. plane ff. de pign. action.* ubi invecta et illata a secundo conductore tenentur pignori etiam pro obligatione primi conductoris, quatenus tamen secundus conductor conduxit. Constat autem, ibi teneri etiam pro obligatione primi conductoris, quia perperam dubitaret, et conjecturis probaret Jurisconsultus, non teneri in universam pensionem, si tenerentur solum pro conductione secundi conductoris, qui solum partem conduxit. Simile est exemplum, quod proponitur in *d. l. cum quis* 38. §. *ult. ff. de solut.* Etenim cum et obligatio fidejussoria, et obligatio pignoris a fidejussore constituti contractae sint contemplatione principalis obligationis, et ad eam magis, ac magis confirmandam, licet pignus non accesserit obligationi principali, sed fidejussoriae, tamen sublata obligatione fidejussoria ex sola Juris subtilitate, tenetur pro obligatione principali.

Posset etiam responderi eodem modo, quoad superiorem legem. Nam cum inter hos confundatur obligatio sola ratione Juris Civilis *l.* 3. *ff. de separat.* remanet naturalis obligatio, quae licet nihili fiat a Jure Civili; consideratur tamen a Praetore in pignore, ut diximus.

CAPUT XIII.

AD L. 1. ff. QUI POTIOR. IN *pign. et l. 2. C. de luit. pign. et alias.*

SUMMARIUM.

I. Pignoris obligatio non nascitur sine principalis obligatione: late probatur.
II. Hypotheca liberorum in bonis patris incipit a die susceptae administrationis: et quare nn. seqq.
III. Referuntur variae sententiae, et refelluntur.
IV. Unica est partis administrantis obligatio; eaque ab initio.
V. Cujusmodi sit haec obligatio.
VI. Futurae et conditionali obligationi recte pignus accedit. et quare?
VII. Similia exempla afferuntur.
VIII. Pignus pro dote restituenda tenetur etiam ante numerationem, et quare?
IX. Pignoris obligatio retrotrahitur simul cum principali obligatione.
X. Conditio quando retrotrahatur, vel non?
XI. Differt dos ab aliis contractibus quoad retrahendam conditionem numerationis.
XII. Mulieris interest dotem marito numerari.
XIII. In legatis conditio non retrotrahitur.
XIV. Heres satisdat in legatis conditionalibus.
XV. Si legatum corruat, evanescit satisdatio, et ipsum sequitur, et quomodo.

XVI. Simul cedit dies legati, et satisdationis; et quando id accidat.
XVII. Explicatur *l. 2. C. de luit. pignor.* et nn. seqq.
XVIII. Pignoris causa est individua.
XIX. Pignus durat submota actione personali, non extincta obligatione.
XX. Submota actione per lapsum temporis, durat pignus, et quare?
XXI. Imo potest etiam de novo constitui.
XXII. Explicatur *l. solutum §. solutam ff. de pign. act.*
XXIII. Invecta a secundo conductore tenentur pro obligatione primi conductoris, et quare?
XXIV. Explicatur *l. si rem 9. §. 1. ff. de pign. act.*
XXVI. An, et cur pignus possit dari pro iis, quae prestantur officio Judicis. Explicatur id variis exemplis.
XXVIII. An cedi possit hypotheca sine principali obligatione.

Diximus alias, neque obligationem fidejussoris, neque obligationem pignoris sustineri posse, sublata penitus et extincta principali obligatione. Sicut enim ruunt aedificia, subductis fundamentis, et vites decidunt, subtractis, pedamentis; ita corruunt hae obligationes, sublata principali obligatione, cui innitebantur. Sunt hae obligationes hederae similes: principalem obligationem sequuntur; ipsi tenaciter haerent; ea falciuntur; ea subducta confestim intercidunt. *l. cum principalis ff. de R. J.* Quo fit, ut nec possint contrahi sine principali obligatione, a qua sustineantur. Frustra igitur pignus contrahitur, si nulla subsit principalis obligatio, cui innitatur. 1 Itaque si spe futurae numerationis, cautionem emisero, et pignus dedero; pignus non obligatur, si postea numeratio pecuniae non intervenerit *l. 1. et 2. C. si pign. convent. num. pecun.* Si pater ab herede pignus accepit ex causa legati conditionalis filio relicti; pignus non tenetur, si conditio legati existat, postquam filius a patria potestate liberatus est *l. si legati 28. ff. de pign.* quia pignus patri datum est, cui nulla principalis obligatio per filium acquiritur, qui non est sub patria potestate eo tempore, quo conditio existit, hoc est, quo nascitur obligatio: nam in legatis conditio non retrotrahitur, sed spectatur tempus existentis conditionis, quo tempore dies legati cedit. *l. si post diem 5. §. ult. l. si ususfructus 14. §. ult. ff. quando dies leg. ced.* secus esset in contractibus, argum. text. in *l. potior. §. 1. ff. qui potior in pignor.* quia obligatio ex contractu patri acquiritur, etiamsi conditio existat eo tempore, quo filius liberatus est a patria potestate, *l. si filiusfam. 78. ff. de V. O. l. quae legata 18. in fin. ff. de Reg. Jur.* quia in contractibus spectatur tempus contractus, non existentis conditionis *l. non omne 144. ff. de R. J.* Item si quis promiserit, se daturum mihi, aut Titio, nihil agit dando pignus Titio, cui non est obligatus *l. sed etsi §. 1. ff. de const. pecun. l. eum, qui ita 56. §. qui sibi ff. de V. O.* Quamobrem in pignore recte contrahendo hoc primum oportet observare, an subsit aliqua principalis obligatio, cui possit pignus accedere, eaque quasi quodam fulcimento sustineri.

Verum tamen saepenumero occurrunt in Jure nostro pignorum obligationes, quae videntur contractae sine ulla principali obligatione, cui possint inniti, de quibus accurate disserendum est. Ac primum cum liberi in bonis parentis, administrantis eorum bona adventitia, tacitam habeant hypothecam, et dubitaretur, quo tempore incipiat haec tacita hypotheca; 2 statuit Justinianus incipere a die susceptae administrationis *l. cum oportet §. ult. C. de bon. quae liber.* et tamen principalis obligatio nasci non videtur nisi a die damni dati, eoque tempore, quo pater male rem gessit. Quare bona patris jure pignoris obligata sunt eo tempore, quo nondum nata est principalis obligatio.

Sed ego puto, falsum esse, quod assumitur: ac verissimum existimo, principalem obligationem initio nasci, a die susceptae administrationis. Enimvero hac de re inter doctissimos homines est magna dissensio. Bartholus enim, et cum 3 eo plerique putant, obligationem nasci

tempore rei male gestae, sed tamen cum pater administrationem suscipiendo quasi contrahat §. 1. *Inst. tit. de oblig. quae quasi ex contr. l. ait Praetor ff. de negot. gestis*, statim nascitur obligatio pignoris, quae etsi nasci non possit, antequam celebretur contractus principalis obligationis; tamen nasci potest antequam oriatur principalis obligatio.

Baldus autem, et Salicetus duas constituunt obligationes, quibus filio pater obstringitur: alteram primaevam et generalem, quae incipit a die susceptae administrationis: alteram secundariam ac specialem, qua pater obstringitur ex mala administratione.

4 Ego vero contra sentio, unicam esse obligationem, eamque nasci initio a die susceptae administrationis. Nemo enim ignorat, eos, qui aliena negotia suscipiunt administranda, obligari illis, quorum negotia administrant, et hanc obligationem ex quasi contractu nasci, si nullum mandatum intervenerit. §. 1. *Instit. tit. de oblig. quae quasi ex contr. l.* 5. *in princ. ff. de obl. et act. l.* 3. *et tot. tit. ff. de negot. gest.* Haec autem obligatio initio nascitur, cum quasi contractus similis sit contractui; et saepenumero in Jure nostro contractus appelletur *l. sed et cum aliquis* 16. *ff. de negot. gest. l. contractus* 23. *ff. de Reg. Jur.*, et in hoc quasi contractu spectandum sit initium, quemadmodum spectatur in contractibus *l. Pomponius* 15. *l. sed et cum aliquis* 16. *ff. de negot. gest.* Consequens est igitur, ut initio etiam pignus obligetur.

Atque, ut hoc apertius demonstremus, naturam hujus obligationis attentius in-
5 spiciamus. Omnis obligatio, aut in dando consistit, aut in faciendo. *l. stipulationum. in princ. l. obligationum substantia* 3. *in princ. ff. de oblig. et act.* §. *ult. Inst. tit. de V. O.* His additur obligatio mixta, quae partim in dando, partim in faciendo consistit *l. veteris C. de cont. et commit. stip.* In obligationibus dandi statim debitor tenetur ad dandum: in obligationibus faciendi statim tenetur ad faciendum. Illud in his est singulare, quod si non fecerit elapso tempore, quo facere potuit, tenetur in pecuniam numeratam: hoc est, in id, quod creditoris interest, eum non fecisse, quod facere debebat. *l. si quis ab alio* §. *ult. ff. de re judic. l. si poenam. l. quoties quis. l. stipulationes non dividuntur. l. si quis stipulatus* 112. *ff. de V. O. l.* 1. *ff. de act. empt. l. ult. ff. si quis in jus voc. non ier.* Hujus generis est obligatio, de qua agimus, videlicet obligatio faciendi, aut mixta. Quia aliena negotia suscipit administranda, confestim obligatur ad faciendum omne id, quod in utilitatem Domini geri potest: obligatur ad administrandum diligenter, et ex bona fide. Quamobrem non solum tenetur, si damnum dederit gerendo id, quod geri non debebat, sed etiam si omiserit id, quod geri potuit *l. si pupilli* 6. §. *ult. ff. de negot. gest.* Quid ita? quia ad id faciendum erat obligatus: omnia enim facere debet, quae vergunt in utilitatem et commodum ejus, cujus negotia suscepit: propterea tenetur etiam, de omissione, et condemnatur in pecuniam numeratam, nempe in omnem utilitatem, quae ex facto percipi potuit, ut in aliis faciendi obligationibus *l. si pecuniam pen. ff. si quis caution. l. si quis ab alio. in fin. ff. de re judic.* §. 1. *Instit. tit. de obligat. quae quasi ex contr.* Ex his apparet, qui fiat cur tutor, et administrator non teneantur, nec adstringi possint ad solvendum, si recte administraverint. Hoc enim non ideo fit, quod initio non essent obligati, vel quod solum ex mala administratione nascatur obligatio: sed quia recte administrando satisfecerunt obligationi, et ab ea liberati sunt. Qui enim obligatus est ad dandum, ab obligatione liberatur dando, quod debet: et qui obligatus est ad faciendum, liberatur faciendo id, quod facere debebat, cum solutione ejus, quod

debetur, omnis tollatur obligatio *princ. tit. Inst. quibus mod. toll. obl. l. si fidejussor ff. de condict. ind. l. si pupillus* 21. *in fin. ff. ad leg. Falc. l. in omnibus, cum seq. ff. de solut. l. creditori* 5. *C. de pact.* nec aliud sit solutio, quam praestatio ejus, quod debetur. *l. solutam* 49. *ff. de solut.*

Obligatur igitur pater a die susceptae administrationis, non a die damni dati: et ideo a die susceptae administrationis bona ejus sunt liberis obligata.

Alterum exemplum pignoris contracti sine principali obligatione proponi vide-
6 tur *in l.* 5. *vers. et sive ff. de pignor.* ubi ait Juriscons. quod etiam futurae obligationi potest pignus accedere: et in *l. grege* 13. §. *si sub conditione ff. eod.* ubi conditionali obligationi recte pignus accedit.

Sed facilis est et expedita distinctio. Accedit pignus et futurae et conditionali obligationi: ita tamen, ut non ante pignus obligetur, quam principalis obligatio nascatur. De conditionali obligatione perspicue docemur in laudata *l.* 5. *et in l. grege* 13. §. *si sub conditione ff. de pign.* De futura obligatione testatur Paulus in *l.* 4. *ff. quae res pign. oblig. poss.* ubi hujus rei proponit elegantissimum exemplum. Est autem hoc perpetuum in Jure nostro. Fidejussor obligari non potest, nisi principalis de-
7 bitor sit obligatus. *l. fidejussor obligari* 16. *ff. de fidejuss. l. qui contra* 11. *et l. si mihi* 23. *ff eod.* nihilominus potest accedere et futurae et conditionali obligationi *l.* 6. §. *ult. ff. de fidejuss.* quia suspenditur ejus obligatio, quamdiu suspenditur obligatio principalis *l. si debitori* 47. §. *ult. et l. fidejussor* 37. *ff. de fidejuss.* Novatio fieri non potest, nisi praecedat obligatio, quae novatur *l.* 1. *ff. de novat.* §. *praeterea Inst. quib. mod. toll. oblig.* et tamen novari potest futura et conditionalis obligatio *l. si Stichum* §. 1. *l. quoties* 14. *in princ. ff. de novat.* quia pendet novatio, donec principalis obligatio nascatur, quae per novationem extinguitur eodem momento, quo nascitur *d. l. si Stichum* §. 1. *et d. l. quoties in princ. ff. de novat.* Constitui non potest nisi id, quod debetur. *l.* 1. § 1. *l. eum qui* §. *quod exigimus. l. hactenus. l. item* §. *quod adjicitur ff. de const. pecun.* Potest tamen constitui debitum conditionale, quia eadem conditione suspenditur *l. id, quod sub conditione ff. eodem.* Acceptilatio pariter fieri non poteat nisi de eo, quod per stipulationem debetur. §. *item per acceptilationem Inst. tit. quib. mod. toll. oblig. l. an inutilis* §. *acceptum ff. de acceptil.* potest tamen accepto ferri etiam debitum conditionale, quia suspenditur acceptilatio, quamdiu pendet conditio: ea vero existente, debitor jam olim ab initio simul et obligatus, et liberatus fuisse videtur. *l. si sub conditione* 21. *ff. de acceptil. l. sub conditione* 16. *ff. de solutionib.* Eadem ratione pignus accedit et futurae et conditionali obligationi, etiamsi non possit sine principali obligatione subsistere.

Sed opponi potest, quod pignus accedens futurae obligationi, statim obligatur, etiamsi antequam nascatur principalis obligatio. Probatur id auctoritate *l.* 8
1. *ff qui pot. in pign. hab.* ubi pignus a marito datum, pro securitate dotis restituendae, tenetur statim etiam antequam dos marito fuerit numerata. Et tamen maritus non obligatur ad restituendam dotem, nisi post numerationem *l. si ex cautione* 3. *C. de non numer. pecun.* cum obligari ad restituendam non possit ille, qui non accepit *l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. cred. l. cum ultra C. de non numer. pecun.*

Sed nullius momenti est hujusmodi argumentum. Non nascitur ibi obligatio pignoris ante principalem obligationem. Licet enim promissio restituendae dotis non obliget ante numerationem, et pendeat a tacita conditione numerationis; tamen existente conditione numerationis,

retrotrahitur obligatio ad tempus promissionis, perinde ac si eo tempore conditio extitisset *l. necessario.* 8. *in princ.*
9 *ff. de peric. et comm. rei vend.* In contractibus enim id tempus spectamus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Itaque pignoris obligatio retrotrahitur, et initio nata fingitur, cum principalem sequatur obligationem *l. qui balneum* §. 1. *et l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pign. hab.* quod et de acceptilatione traditum est *in l. sub conditione* 16. *ff. de solut.*

Sed obstat, quod licet conditio for-
10 tuita, quae a casu pendet, retrotrahatur ad tempus initi contractus, tamen conditio arbitraria, quae pendet a potestate debitoris, non retrotrahitur *l. qui balneum* 9. §. 1. *ff. qui pot. in pign. hab. l.* 4. *ff. quae res pign.* Atqui in potestate mariti est, dotem non accipere, et non accipiendo se ex praestita cautione non obligare *l. qui pecuniam* 30. *ff. de reb. credit. l. Titius* 4. *ff. quae res pign. vel hypoth.*

11 Resp. multum interesse inter dotem, et mutuum, aliosque contractus. In mutuo, et aliis contractibus conditio numerationis est arbitraria. Potest enim, qui promisit creditori futuro, se restituturum pecuniam, eam postea non accipere, eaque non accepta, inutilem reddere promissionem *d. l. qui pecuniam.* 30. *ff. de reb. cred.* Nemini enim facit injuriam, sed oblato beneficio non utitur: quod omnino est in nostra potestate *l. si Judex ff. de minor. l. invito ff. de Reg. Jur.* quapropter in mutuo pignoris obligatio non retrotrahitur ad tempus promissionis, sed tunc nascitur, cum pecunia numeratur, quia conditio numerationis est in potestate debitoris *l. Titius* 4. *ff. quae res pignor.* Non ita res se habet in dote. In hac conditio numerationis non est arbitraria: neque enim est in potestate mariti, dotem non accipere, et mulierem indotatam efficere; quoniam mulieres esse dotatas, et ipsarum mulierum, et Reip. interest *l.* 2. *ff. de jur dot.* Itaque si maritus aut dotem non exegerit, aut promissorem liberaverit, ipse tenetur *l. vir ab eo ff. de jur. dot. l. penult.* §. *si vir socero ff. solut. matrim.* Quamobrem cum non sit in potestate mariti, dotem non accipere, conditio numerationis non pendet ab ejus potestate, et propterea retrotrahitur ad tempus promissionis.

Hujusmodi discrimen inter dotem, et mutuum indicavit Papinianus in laudata *l.* 1. *ff. qui pot. in pign. hab.* ubi ait quod *non probe dici potest esse in potestate mariti, ne pecuniam reddat, ut minus dotata mulier esse videatur.* Quibus significat, quod cum in potestate mariti non sit pecuniam non accipiendo efficere, ne teneatur ad eam restituendam, observandum est tempus promissionis, non numerationis. Non est autem in potestate mariti non accipere, ne mulier minus dotata esse videatur. Ita recte meo judicio verba illa interpretatur Accursius: a vero aberrat Cujacius, quia ea aliorsum accipit. Subdit deinde Papinianus: *Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra certam diem numerasset: et forte prius quam numeraret, alii res pignori data est.* En mutuum, in quo pignus non obligatur ante numerationem, quia fuit in potestate debitoris, pecuniam non accipere, et impedire conditionis eventum, ut perspicue explicat Paulus *in l. Titius* 4. *ff. quae res pignor.*

Nec refragatur his, quae diximus, quod in laudata *l.* 1. *ff. qui pot. in pig.* promissor dotis eam sibi reddi stipulatus erat; adeoque non intererat mulieris dotem a marito non accipi. Etenim plurimum nihilominus poterat mulieris inte- 12
resse, dotem marito numerari. Quid enim si promissor cavisset, dotem sibi reddi solum in aliquem casum, ut saepenumero solet evenire? Quid? quod mulieres indotatae a maritis facile contemnuntur, ac dimittuntur, *l. ult. C. ad S. C. Vel-*

lej. Quid? quod soluto matrimonio potuit iterum eamdem dotem promissori restitutam obtinere pro secundis nuptiis.

Sed rursus opponi potest, quod in le-
13 gatis conditio non retrotrahitur ad tempus mortis *l. is, cui* 42. *ff. de obl. et act. l. si mater* §. *eamdem, in fin. ff. de except. rei judic. l.* 1. §. *servi appellatione ff. ad S. C. Syllanian. l. si ususfructus* 14. *in fin. ff. qu. dies leg. ced. l. si legati* 28. *ff. de pignor.* et tamen pignoris obligatio statim nascitur, etiam antequam existat conditio, hoc est, antequam principalis obligatio nascatur *l. qui balneum* §. *sed et si ff. qui pot. in pign. hab.*

Animadvertendum tamen est, in ea lege non agi de obligatione legati, sed de obligatione conventionali. Neque ibi pignus accessit legato, sed stipulationi
14 conditionali. In legatis enim conditionalibus heres tenetur satisdare legatario: hoc est, legatario promittere per stipulationem, datis pignoribus, vel fidejussoribus *l.* 1. *in princ. et in* §. 1. *et toto tit. ff. ut legat. vel fideicom. nom. caveat.* et si heres nolit satisdare, mittitur legatarius in possessionem bonorum heredis *l.* 1. §. 1. *et toto tit. ff. ut in possess. legator.* Supponitur in laudata lege legatum conditionale: supponitur conventio pignoris: unde consequens est, ibi agi de satisdatione legatario praestita ab herede. Intercessit igitur stipulatio, et stipulationi pignus accessit: et retrotrahitur ad tempus celebrati contractus. Quamobrem non supponit Jurisconsultus teneri pignus a morte testatoris, quemadmodum eveniret, si retrotraheretur, cum ipsa obligatione legati, sed teneri a die conventionis: supponit enim pignus alteri traditum fuisse post initam conventionem cum legatario, et statuit, legatarium esse potiorem, licet conditio postea extiterit.

Sed obstat text. in *l.* 1. §. *si quis*
15 *sub conditione ff. ut legat. nom. cav.* ubi evanescit stipulatio, si pendente conditione decedat legatarius, quia legatum non transmittitur. Ergo stipulatio sequitur naturam, et conditionem legati. Item si legatum fuerit filio fam: Sub conditione satisdandum est patri, sed si existat conditio legati eo tempore, quo legatarius factus est sui juris, evanescit satisdatio *l* 1. *in fin. ff. ut legat. vel fideicom. caus. cav. l. si legati ff. de pign.* Non potest enim in persona filii consistere satisdatio, quia ei praestita non est. Non in persona patris, quia ei legatum non acquiritur, sed filio *l. si ususfructus* 14. *in fin. ff. quando dies leg. ced.* Atqui si stipulatio non sequeretur naturam legati, et conditio retrotraheretur ad tempus praestitae satisdationis, patri acquireretur obligatio *l. quae legata* 18. *ff. de Reg. Jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.*

Respondetur, quod utique, si legatum non debeatur, ante non debeatur ei, cui praestita est satisdatio, necesse est, ut corruat ipsa satisdatio. Etenim haec satisdatio tacite in se continet hanc conditionem, *si legatum debebitur.* Praestatur enim pro securitate legatarii, non ut aliquid ex ea legatarius acquirat. Iniquum autem est, cautum esse ei, cui nihil debetur *l.* 1. §. *ult. vers. iniquum ff. ut legator. caus. cav.* Quamobrem omnes exceptiones, quae obstant legato, obstant etiam stipulationi *d. l.* 1. §. *si quis sub conditione, in fin. ff. ut legat.* Quamvis autem corruente legato evanescat satisdatio, quae tuendi legati causa praestita fuerat: nihil impedit, quominus subsistente legato, possit satisdatio vires suas exercere a die, quo praestita fuerat. Fingamus, debitorem pignori obligasse rem alienam, et postea dominum rei ratum habuisse, non dubitatur, subsistente pignore, ratihabitionem retrotrahi ad tempus contracti pignoris *l. si fundus* 16. §. 1. *ff. de pignor.* Corruente tamen obligatione pignoris, vel quia contracta erat sub conditione, et conditio defecit, vel quia ille, qui pignus dedit,

nihil debebat; utique corruit et ratiha-
bitio domini, et inutilis est. Sic inutilis
est satisdatio, corruente legato: eo au-
16 tem subsistente, retrotrahitur. Sed con-
trarium videtur respondisse Ulpianus in
l. cum legatorum 8. *ff. ut legat. causa
cav. Cum legatorum nomine satisdatum
est, simul dies legatorum cessit, pro-
tinus iisdem diebus, etiam ex stipula-
tione debentur.*

Respondetur, in hac lege agi de legatis in diem, ut constat ex lege sequenti, quae hujus explicandae causa subjecta est: ibi, *non tamen ut statim peti possint: deberi enim dicimus, et quod die certa praestari oportet, licet dies nondum venerit.* Cessit dies legati, debetur legatum: sed peti non potest: necdum venit dies legati: Haec omnia propria sunt legati in diem, neo possunt convenire legato conditionali, *l. cedere diem ff. de V. S. l. si post diem* 5. *et toto tit. ff. quan. dies legat. ced.*

Quod si quis velit eam legem latius interpretari, ut comprehendat etiam legata conditionalia, animadvertat; oportet, nihil aliud in ea lege statui, ac definiri, quam quod stipulatio, et satisdatio legatorum causa praestita tacite contineat eamdem conditionem, idemque tempus, quod continent ipsa legata, ut responsum est de obligatione constitutae pecuniae in *l. id, quod sub conditione in princ. ff. de constit. pecun.* Hoc enim significant verba illa, *iisdem diebus debentur*: hoc est, quod si legatum debebatur sub conditione, sub eadem conditione debetur etiam ex stipulatione, quamvis in stipulatione conditionis mentio facta non fuerit: si vero debebatur in diem, debetur idem eodem die, etiam ex stipulatione. Diei enim nomen, et diem certum, et diem incertum, et conditionem comprehendit, ut in *l. talis scriptura ff. de leg.* 1. *in l. si quis legata* 54. *ff. de cond. et dem.* Quae omnia utique verissima sunt, sed non impediunt, quominus existens conditio retrotrahatur. Debetur quidem ex stipulatione legatum iisdem diebus, et sub eadem conditione, sed tamen existente conditione spectatur tempus celebrati contractus, ut in quacumque stipulatione usuvenit *l. si filius famil.* 78. *ff. de V. O.*

Ad alia jam progrediamur. Pignus sub-
sistere sine principali obligatione tradi- 17
tum est in *l.* 2. *C. de luit. pign. In-
telligere debes vincula pignoris durare
principali actione submota.* Si durant
vincula pignoris sine principali obligatio-
ne, possunt etiam colligari *l. nihil tam
naturale. l. omnia l. fere quibuscumque
ff. de Reg. Jur.*

Doctissimus Cujacius putat, hanc le-
gem referendam esse ad legem primam
ejusdem tituli, idemque factum in ea
supponi. Si plures sint ejusdem debito-
ris heredes, et unus ex eis solvat cre-
ditori pro portione hereditaria, liberatur
quidem ab obligatione, et submovetur,
et extinguitur actio personalis, qua po-
terat conveniri: durant tamen vincula
pignoris, etiam pro ea portione, quae
ad ipsum pertinet, quia pignoris causa
est indivisa *l. rem hereditariam* 65. *ff.* 18
de evict. soluta enim parte debiti, to-
tum pignus nihilominus manet obliga-
tum: nam licet res pignori subjectae di-
visionem patiantur, pignus tamen ipsum
est individuum, nec pro ulla parte de-
bitor liberatur, quamdiu totum non fu-
erit exsolutum *d. l.* 1. *C. de luit. pign.
l. qui pignori* 19. *ff. de pignor. l. so-
lutum* 11. §. *si in sortem. ff. de pi-
gnor. act. l. si rem* §. *omnis ff. eod.*
Quo facto supposito, recte ait Impera-
tor, durare vincula pignoris submota
actione personali.

Si quis huic interpretationi non acquiescat, vel quia diversa sunt Rescripta diversorum Imperatorum; vel quia id satis luculenter in prima lege fuerat explicatum, adeo ut supervacaneum videri possit, id multo obscurius repetere in secunda lege, et generaliter enunciare, quod generaliter verum non est; is ani-

madvertat, in hac lege non statui vincula pignoris durare extincta principali obligatione, sed submota personali actione.
19 Submoveri enim potest actio, etiam si non sit sublata principalis obligatio. Quoties enim subtilitate Juris Civilis tollitur obligatio, durant vincula pignoris, ut in *l. debitor* 59. *in princ. ff. ad S. C. Trebellian. in l. ex sextante. in fin. ff. de except. rei judic.* ratio enim non patitur, ut pignore fraudetur ille, cui satisfactum non est *d. l. ex sextante.* Et ideo Praetor, cujus auctoritate nititur actio hypothecaria §. *item Serviana Instit. tit. de action.* non denegat hanc actionem, quae ex pacto descendit. *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. et hypoth. l.* 1. *ff. de pignor. act.* et idcirco ex naturali ratione, et aequitate proficiscitur *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de const. pec.* Neque pignus durat sublata penitus obligatione principali. Nam ratio et aequitas naturalis id efficit, ut perseveret naturalis obligatio: quae solo aequitatis vinculo sustinetur *l. Stichum* 95. §. *naturalis ff. de solut.* Perseverante autem naturali obligatione, perseverat, et pignus, licet sublata sit civilis obligatio *l. quaesitum* §. 1. *ff. de pignor.* Nec Praetor obsecundat Juri Civili in illis, quae ab eo subtiliter sunt introducta, ut observat etiam in separatione bonorum *l. debitor.* 3. *ff. de separ.*

Existimo tamen, laudatam *l.* 2. *C. de luit. pign.* referendam esse ad praescriptionem actionis. Hoc enim casu proprie dicitur actio submoveri *l. empti actio* 21. *C. de evict.* submota autem actione per
20 lapsum temporis durant vincula pignoris, *l. debitor* 59. *in princ. versic. quemadmodum ff. ad SC. Trebell. l. qui occidit* 30. *ff. ad L. Aquil. l.* 3. *juncta l.* 7. §. 1. *C. de praescript. triginta, vel quadraginta annor.* quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio, cum tempus non sit modus finiendae obligationis *l. obligationum fere ff. de oblig. et action.* submovebatur etiam actio, quando creditor plus petens causa cadebat §. *si quis* 33. *Instit. tit. de action.* Nemo autem dixerit, hoc casu penitus sublatam fuisse obligationem, saltem naturalem, durante aequitate, qua sustinebatur. Ac propterea durant vincula pignoris *l. servum* 27. *in fin. ff. de pignor.* Atque ad hos duos modos commodissime referri potest Rescriptum Imperat. in laudata *l.* 2. *C. de luit. pign.*

Illud postremo est animadvertendum, quod non solum durant vincula pignoris, submota actione principali, sed etiam de novo constitui possunt. Exemplum sup- 21
peditat nobis Scaevola in *l. ult. ff. in quibus caus. pign. tac. cont.* ubi facta transactione, et soluta majori parte pecuniae, debitor in residuam quantitatem pignus obligavit creditori: tenetur pignus etiam pro veteri contractu. Submota enim est actio, ex veteri contractu per transactionem: tamen si transactio postea rescindatur vel propter dolum, vel propter errorem, vel alia simili causa; apparet, naturalem obligationem sublatam non fuisse, et residuam quantitatem, in quam pignus fuit obligatum, non esse solam quantitatem debitam ex transactione, sed etiam eam, quae debebatur ex veteri contractu, pro qua non quidem expressim, sed tacite pignus obligatur. Plane hos etiam casus ea generali lege comprehendi, nullus dubitat.

Opponi etiam potest text. in *l. solutum* 11. §. *solutum ff. de pignor. act.* Dominus locavit domum suam Titio; 22
Titius ejus partem Cajo locavit. Cajus secundus conductor, in domum conductam res suas intulit. Eae res pignori obligantur domino domus. Et tamen Cajus secundus conductor domino domus non est obligatus, neque enim cum eo contraxit. Nec potest per Titium primum conductorem acquiri obligatio domino *d. l. solutum* §. *per liberam ff. de pignor. act.* contrahitur igitur pignoris obligatio, et domino acquiritur sine ulla principali obligatione, cui innitatur.

Respondetur, quod res invectae, et il-
23 latae a secundo conductore pignori obligantur domino, et accedunt obligationi primi conductoris, qua ipse domino obstringitur: non vero obligationi Caji secundi conductoris, qua ipse domino non est obstrictus: adeoque non contrahitur obligatio pignoris sine principali obligatione. Quod autem pignus teneatur pro obligatione Titii, non Caji, constat, quia frustra nos admoneret Ulpianus, pignus teneri solummodo in eam summam, in quam coenaculum Cajus conduxit, non vero in universam pensionem; quoniam credibile non est, Cajum voluisse in universam pensionem frivola sua obligare. Absurda esset quaestio, si invecta, et illata obligarentur pro pensione Caji: et multo magis absurda esset ratio petita a praesumptione voluntatis, et a verisimilitudine. Eadem de causa ineptum esset etiam, quod admonet Marcianus ex Pomponio in *l.* 5. *in princ. ff. in quib. caus. pign.* quod si conductor mihi gratuitam habitationem concesserit, invecta a me tenentur domino. Quis enim de his posset dubitare, si pignus accederet obligationi secundi, non primi conductoris? praesertim hoc casu, quo secundus nullam contrahit obligationem solvendae pensionis.

Ideo autem invecta, et illata a secundo conductore pignori obligantur domino aedium pro obligatione primi conductoris, quia utraque obligatio tam primi, quam secundi conductoris respicit personam domini: et ideo, qui infert, et invehit res in domum conductam, videtur tacite convenire cum domino domus, eas res ipsi obligatas esse pro pensione, quae ipsi debetur. Debetur autem domino pensio a primo conductore: ibi, *videtur tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.* Accedit igitur pignus alienae obligationi, quod fieri posse non dubitatur *l. aliena res ff. de pignor. act.* et ideo accedit alienae obligationi, quia obligatio propria secundi conductoris pendet ab obligatione primi, et cum ea conjuncta est, atque connexa; adeo ut licet nemo solvens creditori sui creditoris, ipso jure liberetur *l. si opera* 6. *ff. de dol. mal. except.* tamen secundus conductor recte solvat domino aedium, hoc est creditori sui creditoris *d. l. solutum* §. *solutam ff. de pignor. act.* Non admodum dissimile exemplum proponitur in *l. cum quis sibi* 38. §. *ult. ff. de solut.* Titius pro me fidejussit apud Cajum creditorem meum, et in suam obligationem Cajo pignus dedit. Moritur Titius, et me heredem instituit. Adeo hereditatem: confusione tollitur obligatio fidejussoria *l. Stichum* 95. §. *quod vulgo ff. de solut. d. l. cum quis* 38. §. *ult.* nemo enim pro se ipso fidejussor esse potest *l. heres* 21. §. *quod si ff. de fidejuss.* extincta fidejussoria obligatione, pignus quoque, quod ei accesserat, extingui deberet. Respondit tamen J. C. pignus durare: manet enim obligatio principalis, cujus contemplatione tam obligatio fidejussoria, quam obligatio pignoris contracta fuerat.

Opponi praeterea potest text. in *l. si rem* 9. §. 1. *ff. de pign. act. Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest. Veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro* 24
se fidejubeat. Nulla hic videtur subesse principalis obligatio, cui pignus accedat; Nemo enim alteri obligatus est, ut pro se fidejubeat.

Sed non ita est. Qui dat alicui pignus, ut pro se fidejubeat, ei mandat, ut fidejubeat: eoque fidejubente, mandati obligatur *l. semper* 60. *ff. de Reg. Jur. l. indebitam* 47. *ff. de condict. indeb. l. si remunerandi* 6. §. *si passus ff. mandat.* Huic obligationi mandati pignus accedit.

Denique duci recte potest argumentum a fidejussione ad pignus *l.* 2. *ff. quae res pign. dari poss. l. si legati* 28. *in fin. ff. de pign.* imo duci potest, ut a-

junt Logici, a fortiori *l. cum quis* 38. *in fin. ff. de solut. et l. si quis posteaquam* 37. *ff. de fidejuss. juncta l.* 2. *C. de luit. pignor.* Atqui fidejussoris obligatio interdum sine principali obligatione contrahitur, aut sustinetur. Exemplum proponitur in *l. ult. in fin. ff. de duob. reis.* Alterum in *l. mortuo ff. de fidejuss.* Tertium in fidejussore, qui accedit officio Judicis, quod nullam supponit obligationem.

Sed falsa sunt omnia. Neque enim in laudatis exemplis fidejussor obligatur sine principali obligatione. De primo exemplo id demonstravimus alio loco, ubi luculenter exposuimus *l. ult. ff. de duob. reis.*

Ad *l. mortuo ff. de fidejuss.* facilis est responsio. Mortuo reo promittendi non extinguitur obligatio, sed residet in hereditate, quae defunctum repraesentat
25 §. *servus Inst. tit. de hered. instit. l. non minus* 31. §. *ult. ff. eod.* et domini locum obtinet *l. denique* §. *quaesitum ff. quod vi, aut clam. l. si ante* 15. *ff. de interrog. act.* imo domina est *l. liber homo* 13. §. *si servus ff. ad Leg. Aquil.* et ideo pro ea obligatione, quae in hereditate est, fidejussor obligatur.

Ad tertium respondetur in omnibus iis, quae praestantur officio Judicis, et quibus accedere potest, vel fidejussor, vel hypotheca, subesse aliquam obligationem, cui potest adhaerere obligatio ac-
26 cessoria. Doctores nostri primum id probant exemplo fideicommissorum, quae olim, ut ipsi putant, officio Judicis praestabantur, et eorum servandorum causa fidejussor dari poterat *tot. tit. ff. ut legat. seu fideic. nom. cav.* et interdum etiam pignus *l. filio ff. eod.* sed utrumque falsum est, et quod praestarentur officio Judicis, nam extraordinaria dabatur persecutio ad ea persequenda, quae actionis quaedam species erat *l. pecuniae verbum* §. *actionis ff. de V. S.* et quod nulla subesset obligatio, cui fidejussor, aut pignus posset accedere. Nam persecutio illa supponebat debitum, et obligationem *l. pecuniae verbum* §. *ult. ff. de V. S.* et licet stricto jure nulla actione teneretur heres, tamen cum compelleretur auctoritate Magistratus *l. hereditas* 50. *in fin. ff. de petit hered.* erat obligatus ad solvendum *l. obligationum substantia ff. de oblig.* et quasi debitum ab eo exigebatur *l.* 3. *ff. de pollicit.* Et quis poterit dubitare, heredem saltem naturaliter obligatum fuisse? cum et fideicommissa inutiliter relicta naturaliter debeantur, et soluta repeti non possint, quia ex conscientia satisfactum est voluntati defuncti *l.* 2. *C. de fideicom.* Et quae fuit causa mandandi jurisdictionem fideicommissorum Magistratibus, et creandi Praetores fideicommissarios, qui heredes cogerent praestare fideicommissa, nisi summa aequitas obtemperandi supremae voluntati? Illud etiam operae pretium est animadvertere, fidejussores, et pignora, quae dantur fideicommissorum servandorum causa, vere non accedere obligationi fideicommissi, sed obligationi stipulationis, quae vera est et justa obligatio: praestanda enim est ab herede satisdatio fideicommissario *l.* 1. *ff. ut legat.* quae satisdatio per stipulationem fit *l. haec stipulatio* 14. *ff. eod.* et stipulationi accedunt fidejussores *l. praetoria* 7. *ff. de praet. stip.* igitur fidejussores accedunt verae, et civili obligationi.

Probant id etiam exemplo legatorum, quae praestantur officio Judicis, ut in *l. servos* 17. *ff. de alim. legat. l. hereditas* 50. *in fin. ff. de hered. pet.* Pro legatis autem competit tacita hypotheca *l.* 1. *C. commun. de legat.* Sed quis non videt haec legata deberi, et heredem ad ea praestanda obligatum esse, saltem naturali obligatione, cum non minus aequum sit praestari hujusmodi legata, quam coetera omnia? Posset etiam in controversiam adduci, an pro his legatis competat tacita hypotheca, cum haec detur solum quatenus competit actio personalis

l. 1. *in fin. C. commun. de legat.* Sed haec non sunt hujus loci.

27 Affertur etiam ad hoc probandum text. in *l. cum quis* 38. §. *si quis ff. de solut.* sed satis supra responsum est. Plane nemo negabit, eum, qui tempore liberatus est sine culpa, et negligentia creditoris, subtilitate quidem Juris Civilis, non posse conveniri, sed tamen secundum aequitatem, et naturalem rationem manere debitorem *l.* 1. *ff. ex quib. caus. major.* eaque suadente dari restitutionem creditori, ut cogi possit ad solvendum *l. Divus* 7 *in princ. et in* §. 1. *ff. de in integr. restit.*

Nullius momenti sunt argumenta petita ex *l. centum Capuae. et l. ult. ff. de eo, quod certo loco, et ex l. quaero ff. loc.* Nam ibi una est stipulatio, una obligatio sortis principalis, qua tenetur tam reus principalis, quam fidejussor, *d. l. centum Capuae. versic. una stipulatio ff. de eo, quod cert. loc.* adeoque subest principalis obligatio, cui adhaeret obligatio fidejussoris. Coeterum, quia reus principalis, praeter id, quod est in obligatione, condemnatur officio Judicis etiam ad solvendum id, quod interest, vel sortis usuras: idcirco eodem officio Judicis condemnatur etiam fidejussor, cum aequum sit, ipsum quoque idem onus agnoscere. *d. l. quaero ff. loc.* Non magis igitur tenetur fidejussor, quam principalis.

Ut ad pignus revertamur; opponi posset, hypothecam cedi posse sine personali actione, ut fere a Pragmaticis receptum est: adeoque sustineri sine principali obligatione.

28 Hanc sententiam falsissimam esse alii demonstraverunt. Ea tamen admissa, falsum nihilominus est, hypothecam sine principali obligatione substineri: neque enim extincta est principalis obligatio, a qua sustineri possit. Ac vere etiam juxta eorum sententiam a principali obligatione sustineri constat, quia ipsi quoque fatentur, extincta per solutionem principali obligatione, hypothecam intercidere, et extingui.

CAPUT XIII.

AD L. 1. ff. IN QUIBUS CAUS.

Pign. tac. contrahatur.

SUMMARIUM.

I. Privilegium exigendi, et praelatio in pignore quantum differant.
II. Qui pecuniam mutuatur ad rem restituendam, vel emendam, in pari causa potior est aliis.
III. Privilegium ejus, qui mutuatur ad aedes restituendas, an extendatur ad eum, qui mutuatur ad restituendas naves.
IV. Publice interest naves non retineri.
V. Instrumenta rustica non possunt pignorari; nec arma militum.
VI. Cur concessum privilegium mutuantibus ad aedes restituendas?
VII. Privilegia aedificiorum numerantur.
VIII. Non eadem Romanis cura navium, et aedificiorum.
IX. Mercatura a Romanis potius coercita, quam privilegiis promota.
X. Mercatura Romanis perniciosa; et quare? n. 12. Mercatura quare utilis Reipublicae?
XI. Qua arte Romani Civitatem augerent.
XII. Praemia a Romanis proposita mercatoribus; et quare? n. 13.
XIV. Quanta cura annonae providerint Romani. et n. 15. et 16.
XVII. De frumentatione pauca delibata.

Senatusconsulto, quod factum est Merco imperante, tribuitur jus taciti pignoris illis, qui ad aedes restituendas pecuniam mutuantur. Hoc privilegium Pragmatici produxerunt ad omnes alios, qui in aliam rem quamlibet reficiendam, restituendamve pecuniam mutuantur. Non recte, meo judicio. Duo sunt privilegia: jus exigendi, et jus taciti pignoris. Privilegium exigendi a Plinio, in epistola ad Trajanum appellatur πρωτοπραξία, quasi dicas, *Jus, quo quis aliis creditoribus in exigendo praefertur.* Conceditur hoc solis creditoribus chirographariis, et de hoc agitur in toto *tit. ff. de privilegiis creditorum*; quod est observandum, 1
quia perperam Nostri abutuntur ejus tituli legibus, ut demonstrent qui sint po-

tiores in pignore: qua de re ibi nusquam agitur, cum de ea sit proprius titulus *qui pot. in pign. hab.* Jus taciti pignoris aliquando conceditur simul cum alio privilegio, quo creditor aliis creditoribus hypothecariis potior est in pignore. Animadvertendum autem est, quod Veteres Jurisconsulti privilegium exigendi inter chirographarios facile concedebant: itemque inter hypothecarios, ut alter altero potior esset: at vero ut, qui ex vi suae obligationis, et natura sua chirographarius est, praeferatur hypothecariis, fere numquam concedebant; huic enim duo concedenda sunt, et jus taciti pignoris, quod raro Veteres tribuebant, et jus praelationis in pignore, ut Nostri ajunt. Praeterea, quia jus pignoris unusquisque potest sua conventione sibi acquirere, neque indiget in hoc legis privilegio, neque aequum est, ut qui negligens fuit in pignoris obligatione sibi constituenda, praeferatur his, qui eam expresse sibi constituerunt. *Arg. text. in l. pupillus ff. quae in fraud. cred.* Recte Varr. *de re rust. lib.* 1. *Dii facientes adjuvant.*

Hoc igitur ratum sit. In pari causa,
2 qui pecuniam mutuatus est ad rem reficiendam, restituendam, emendam, praefertur aliis. Hoc est, si de pignore sibi non caverit, cum ipse sit chirographarius, praefertur chirographariis, cum sint in pari causa *l. qui in navem* 26. *l. quod quis* 34. *ff. de reb. auct. Jud. alias, de privileg. creditor. l. si ventri* §. 1. *ff. eod. l. creditor* 25. *ff. de reb. cred.* si vero pignus expresse sibi constituerit, cum sit hypothecarius, praefertur aliis hypothecariis, cum sint in pari causa: et ita sunt intelligendae *ll.* 5. *et* 6. *ff. qui pot. in pign. hab. Auth. de aequal. dot. c.* 3. Et hoc demonstrare possem satis evidenter: sed hic non libet hanc quaestionem penitus examinare.

Solum hic quaerimus de navi. Qui pecuniam credit ad restituendas aedes habet jus tacitae hypothecae *l.* 1. *ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.* et quidem ita, ut aliis sit potior *l.* 5. *et* 6. *ff. qui pot. in pig. hab.* Videtur id constitutum publicae utilitatis causa, ut infra dicemus. Atqui multo major in Remp. utili- 3
tas redundat ex navium, quam ex aedium aedificatione, propter mercaturam, cum ad summam Reip. pertineat exercitio navium *l.* 1. §. *licet* 20. *ff. de exercit. act.* Non potest igitur dubitari, quin privilegium dictae legis primae, si non ad alia, certe ad naves pertineat.

Dicam, quod multis videbitur fortasse παράδοξον. Ob id ipsum, non potest privilegium illud ad naves pertinere, quia navium exercitio ad summam Reip. pertinet. Observandum enim est, quod si naves tacite pignori obligentur omnibus, qui vel ad naves fabricandas, vel reficiendas, vel armandas, vel emenda nautis cibaria pecuniam crediderunt, facile eveniet, ut a creditoribus detineantur; atque ideo libere navigare non poterunt commercii causa, ac maximum mercaturae afferetur impedimentum. Constanti- 4
nus Imperator tribus Constitutionibus vetuit, naves alicubi retineri, aut ullo genere incommodi affici, quo minus progredi, et celeriter eo, quo cursum dirigunt, possint pervenire. Extant hae tres Constitutiones in Codice Theodosiano in *tit. de navicul. l.* 4. 8. *et* 9. quarum una tantum relata est in Codicem Justiniani sub eodem titulo. Recte etiam Athenienses lege caverant, ut judicia mercatorum Athenis peragerentur a mense Boedromione, ad Munychionem; hoc est sex illis mensibus, quibus navigari non potest, ne tempore ad navigandum opportuno judiciorum impedimentis distinerentur: teste Demosthene in *Orat.* πρὸς Απατούριον. Et Xenophon omnium rerum peritissimus in *lib. de reditibus*, ait, Praefecto mercaturae proponenda esse praemia, quicumque aequissime, celerrimeque judicaverit, ne impediantur illi, qui navigare volunt, et ut plures, iique libentius negotientur. Pertinet igitur ad mercaturae

utilitatem, non impediri navigationem, nullaque de causa naves detineri, quod eveniret navibus pignori obligatis.

Exemplum peti potest ab agricultura. Pertinet ad summam Reip. ne agrorum cultura turbetur; nihil ea conducibilius, et in privilegiis par est aedificiis *l.* 1. *ff. de tign. junct.* Quid autem in ea est constitutum? Tantum abest, ut aliquod jus tacitae hypothecae tribuatur ejus favore; quin potius instrumenta rustica, quibus opera rustica exercentur, prohibentur oppignorari, et in quadruplum condemna-
5 tur, quicumque ea jure pignoris ausus fuerit auferre *l. executores* 7. *et l. seq. cum Auth. agricultores C. quae res pign.* Idemque dicendum est de armis militum, argum. text. in *l. qui commeatus* §. 1. *ff. de re milit. juncta l.* 9. *ff. de pignor.* recte Diodor. Sic. *lib.* 1. *Biblioth.* *μέμφονται δέ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς Ἕλλησι νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν, κ᾽ ἄροτρον, κ᾽ ἄλλα τῶν ἀναγκαιοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι* Quemadmodum igitur, ne pignoris causa turbetur agrorum cultura, prohibentur obligari instrumenta, quibus ea exercetur: ita ne turbetur negotiatorum navigatio, potius interdicenda est obligatio navium, et armamentorum, quibus navigatio exercetur, quam concedenda tacita hypotheca.

Sed hic non consistimus Praeterea animadvertendum est, alia de causa non posse deduci argumentum ab aedificiis ad naves de Jure Romanorum. Er, qui pecuniam credidit ad restituendas aedes tributum est jus taciti pignoris ob publicam utilitatem, sed eam utilitatem, quae respicit decorem, ornatumque, et magni-
6 ficentiam Urbis, quod navium aedificationi non conveuit. Praesertim cum Romani nulla de re tam accurate caverint, quam ne ruinis Urbis aspectus deformaratur, et incredibili diligentia Urbis decori, atque amplitudini providerint: quo factum est, ut universa Roma diceretur esse *miraculum*, teste Cassiodoro, eique. *Par esset nihil, et nihil secundum.* Mart. Primum enim ab ipsis fere Urbis nascentis, et legum incunabulis, in duodecim Tabulas relata est a Decemviris lex illa: *Ut aedificia in Urbe ita fierent, ut sestertius pes inter aedes vicinas ambitus causa relinqueretur.* Hinc Romae 7
omnes fere erant insulae, rarae admodum domus. Item illa alia: *Tignum junctum aedibus ne solvito.* Voluerunt enim potius, dominum, contra omnes Juris Regulas, suo tigno privari, quam dirui aedificium, ac Urbem ruinis deturpari *l.* 1. *ff. de tigno junc. l. gemma* 6. *ff. ad exhib. l. de eo* 63. *ff. de donat. int. vir. et uxor. l. qui res suas* 98. *in fin. ff. de solut. l.* 7. §. 7. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *cum in suo Inst. tit. de rer. divis.* Quod privilegium neo navi, nec aliis rebus tributum est *l. gemma* 6. *ff. ad exh. l. in rem actio* §. 5. *et* 6. *ff. de rei vindic.* Plin. *lib.* 35. *cap.* 14. et Vitruvius *lib.* 2. *cap.* 8. meminerunt alterius legis, qua cavebatur, ne parietes communes crassiores sesquipedalibus constituerentur. Augustus ad impediendos, ut ait Juvenalis, *lapsus Tectorum assiduos, et mille pericula saevae Urbis,* vetuit, ne supra septuaginta pedes domus attollerentur, teste Strabone: et Nero etiam, teste Tacito, cohibuit altitudinem aedificiorum. Denique Trajanus modum aedificiis statuit, pedes sexaginta. Vespasiano imperante decretum est Senatusconsulto, ne marmora negotiandi causa detraherentur ex aedibus, aut aedificia diruerentur, materiae in aliam domum exportandae causa. Hoc Senatusconsultum ab Adriano Imperatore confirmatum est, ut refert Spartian. *in ejus vita.* Eo continebatur, ne ea, quae aedibus juncta sunt, tollere negotiationis, aut commercii causa liceret, neve vendere, emere, legare, poena dupli constituta in eum, qui sustulisset, in aerarium inferenda. Factum est hoc Aviola, et Pansa Coss. circa annum Nostrae Salutis 125. et confirmatum ab Alexandro

Severo *in l.* 2. *C. de aedif. priv.* ejusque frequens mentio in Jure nostro, ut in *l. Senatus* 52. *ff. de cont. empt.* in *l. coetera* 41. §. *sed ea* 1. *ff. de leg.* 1. in *l. ult. ff. de dam. inf.* in *l. Marcellus* 45. *ff. de don. int. vir. et ux.* in *l. fideicommissa* 11. §. *si quis illicite* 14. et in *l. nutu* 21. §. *ult. ff. de legat.* 3. Rursus Ulp. in *l. Praeses* 7. *ff. de off. Praesid. Praeses Provinciae inspectis aedificiis dominos eorum causa cognita reficere ea compellat, et adversus detrectantem competenti remedio deformitati auxilium ferat.* Consonat text. in *l. ad curatoris* 46. *ff. de damn. inf.* Quid dicam de privilegio illo, quod concessit Philippus Imperator in *l.* 4. *C. de aedif. priv.* ut si unus ex sociis communem aedem restituisset, et alter intra quatuor menses partem sumptus non restituisset cum usuris centesimis, pars ejus domus accresceret ei, qui restituisset? Fuerat hoc et antea a D. Marco constitutum *l. cum duobus, alias l. fratres.* §. *idem respondit* 10. *ff. pro soc.* a quo et jus taciti pignoris fuit concessum in *l.* 1. *ff. in quib. caus. pign. tac.* Simile est privilegium jam olim a Vespasiano concessum, de quo Sveton. *in ejus vita cap.* 8. *Vacuas areas occupare, et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit.* Simile quid Adrianus etiam videtur edixisse, cujus Edicti mentio fit in *l.* 5. *C. de aedif. priv.* Adeo nihil est tam alienum a Regulis Juris, quod aedium causa non sit constitutum. Ac sane praesagisse videtur Philippus: paucis enim diebus post legem latam, orto Romae incendio, multa aedificia sunt consumpta, quibus restituendis multum contulit lex paulo ante lata. Plura non addo: hoc tantum dico, nulla fere de re frequentius a Romanis cautum, quam de sartis tectis tuendis, ne aedificia essent cassa ac ruinosa, qua in re posita est dignitas Urbis, et ornamentum, eoque pertinent textus in *l.* 2. §. *si quis* 17. et in *l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* in *l. praescriptio C. de oper. publ.* in *l. Praeses ff. de offic. Praesid.* et alibi passim. Inter haec autem multa sunt contra Juris Regulas constituta, quae si quis ad naves, et alia velit producere, totum Jus Civile pessumdabit.

Videamus igitur, an apud Romanos
simile quid fuerit de navibus constitutum.
Ac certe non eam curam navium habuisse Romanos, quam aedificiorum, conjectura assequi possumus, cum aedificiis
sartis tectis tuendis Magistratum praefecerint, AEdiles: navibus vero custodien- 8
dis, aut negotiationi amplificandae nullus
praeesset Magistratus. Sed conjecturis
opus non est. Cum tot legibus Urbis
decori, et aedium reparationi provisum
esset: nulla lege consultum fuisse negotiationi, praesertim stante Republica, reperimus. Imo multis legibus mercimonia
coercebantur. Primum Auctor est Livius
lib. 21. *prope fin.* et Cic. *Verr.* 7. Q.
Claudium Tribunum Plebis anno Urbis
535. P. Cornelio, et Ti. Sempronio Coss.
legem tulisse: *Ne quis Senator, quive* 9
Senatoris pater fuisset, maritimam navem, quae plus quam trecentarum amphorarum esset, haberet. Id satis habitum ad fructus ex agris vectandos: quaestus omnis Patribus indecorus visus est. Fuit hoc postea a Julio Caesare Dictatore confirmatum lege Julia repetundarum *l.* 3. *ff. de vacat. et excus.* Thebani quoque ad munera publica accedere prohibebantur, nisi decem annis destitissent a mercimoniis exercendis, ut refert Arist. *lib.* 3. *Polit. c.* 5. Longius etiam progressi sunt Romani, cum nobiles omnes negotiationem exercere prohiberentur *l. nobiliores* 3. *C. de commerc. et mercat.* Recte Cic. *de Offic. Mercatura, si tenuis est, sordida putanda est: si magna et copiosa, multa undique apportans, multisque sine vanitate impertiens, non est admodum vituperanda: atque etiam si satiata quaestu, vel contenta potius, ut saepe ex alto in pontum ex portu ipso se in agros possessionesque contu-*

lerit, videtur jure optimo posse laudari. Imo aliquando ipsi mercatores in poenam negotiatione abstinere cogebantur; cum tamen nemo ad exercendam negotiationem cogi posset *l.* 9. §. *sunt autem*, *et aliae*; *cum* §. *seq. ff. de poen.* licet plerumque id fieri non debeat *L. illicitas* 6. §. *neque ff. de offic. Praesid. l.* 2. *ff. de jur. patron.* Pantapolis interdictum, ne Romae essent. Id postmodum eis concessum est Valentiniani novella Constitutione circa annum Salutis Nostrae 440. *Pantapolae* sunt negotiatores, qui omnia vendunt: et locus, ubi vendunt, *Pantapolion* appellatur, ut ait Pollux *lib.* 7. *cap.* 3. Praeterea prohibebantur Romani mercaturae causa ultra Nisibin, Callinicum, et Artaxatam proficisci *l.* 4. *C. de comm. et merc.* et poena proscriptionis bonorum, et perennis exilii constituitur; si contra fecerint *l. ult. C. eod.* Interdictum etiam erat mercatoribus, ne mercimonii causa Barbaris aurum praeberent. *l.* 2. *C. eod.*

Sed quorsum haec? Nimirum perniciosum erat Romanae Reip. mercimonium, non utile, praesertim in illa vetere disciplina. Videbitur hoc inauditum; sed certe perniciosum Urbibus mercimonium dicitur in *l. nobiliores* 3. *C. de commer. et merc.* Causam ego deinceps aperiam. Est
10 utilis civitatibus multis de causis negotiatio. Primum eam comparandis Regum amicitiis, et conciliandis Barbarorum animis utilem esse testatur Plutarchus. Praeterea publica vectigalia mirum in modum auget, et Reip. proventus, et quo plures in Urbem confluunt mercatores, πλεῖον μισθοφοροῖτο, καὶ τελεσφοροῖτο: *plus mercedis, ac tributi redigitur*, ut ait eleganter Xenophon *in lib. de redit. in princ.* Denique hac de causa et omnium rerum copia, et opum affluentia, et hominum multitudine florent civitates. Apud Diod. Sicul. *lib.* 11. *Biblioth.* Themistocles ἔπεισε τὸν δῆμον καθ' ἕκαστον ἐνιαυτὸν πρὸς ταῖς ὑπαρχούσαις ναυσὶν, εἴκοσι τριήρεις προσκατασκευάζειν, καὶ τοὺς μετοίκους, καὶ τοὺς τεχνίτας ἀτελεῖς ποιῆσαι, ὅπως ὄχλος πολὺς εἰς τὴν πόλιν πανταχόθεν κατέλθῃ, καὶ πλείους τέχνας κατασκευάσωσιν εὐχερῶς· ἀμφότερα γὰρ ταῦτα χρησιμώτατα πρὸς ναυτικῶν δυνάμεων κατασκευὰς ὑπάρχειν ἔκρινεν. *Persuasit etiam Populo, ut praeter naves, quas haberent, viginti triremes quotannis aedificarent, ut inquilinos, et artifices immunitate donarent, ut et magna undequaque multitudo in Urbem conflueret, et magnam artificiorum varietatem facile compararent; utrumque enim ad augendam, constituendamque in mari potentiam utilissimum judicabat.* Et quidem Athenis immunitas mercatoribus erat tributa. Interp. Aristoph. in Pluto: τινὲς τῶν πολιτῶν, ἡνίκα χρημάτων ἦν εἰσφορὰ πρὸς τὴν πόλιν, τὴν ἐμπορίαν ἐπροφασίζοντο, τὴν εἰσφορὰν βουλόμενοι φυγεῖν. Ἀζήμιοι γὰρ οὗτοι διεφυλάττοντο (ὥς φησιν Εὐφρόνιος) ὡς τὴν πόλιν ὠφελοῦντες πλεῖστα διὰ τῆς αὐτῶν ἐμπορίας. *Ex civibus quidam cum facultatum suarum Civitati tributum pendere deberent, ut illud vitarent, negotiationem suam causabantur. Immunitate enim gaudebant mercatores, quippe qui sua negotiatione plurimum Civitati prodessent.*

Verumtamen haec ad Romanos non pertinent, qui alia via aggressi sunt. Ipsi tum benignitate, tum metu, tum potentia Barbaros continere: victoriis, praeda, triumphis, vectigalibus, et tributis devictarum Gentium opes Civitatis amplificare: augere Populi frequentiam, et Nationes omnes allicere splendore Urbis, ludorum, et spectaculorum magnificentia, frumentatione, manumissionibus. An 11
vero ulla alio ratio adsciscendae multitudinis a Romanis erat exquirenda, a quibus ad exhauriendam Civitatem supra centum et sexaginta coloniae deductae in solam Italiam numerantur, cum, quasi superfluentem sanguinem, multitudinem emittere cogerentur? Quicumque inquirere voluerit in census habitos Luculli, Augustini, Claudii temporibus, certe non desiderabit negotiationem ad augendam Populi frequentiam. Juv. *Jampridem Sy-*

rus in Tyberim defluxit Orontes.* Nec mercatorum industriam requiret ad opes Civitatis amplificandas, quicumque noverit civium Romanorum opulentiam fere incredibilem. Nota est illa vox Crassi negantis, divitem esse, qui exercitum suis fructibus alere non posset. Latissime patet hic campus. Ergo non progrediar longius. Hoc tantum moneo ex Olympiodoro apud Photium. Rebus Romanis jam afflictis sub Honorio, et Arcadio multas domus Romanorum annui redditus coegisse quatuor millia auri pondo ex possessionibus, ac tertiam praeterea partem ex tritico, vino, et aliis rebus redigere potuisse, si vendidissent.

Qnid potuit tantis opibus addere negotiatio? imo vero multum detrahebat, qua de causa perniciosa habebatur. Luculentissimus testis esto Plinius, qui *lib.* 12. *c.* 18. queritur, annis omnibus ab India, atque Arabia millies sestertium
12 Imperio Romano adimi. Idem *l.* 6. *c.* 23. *Indigna res, nullo anno imperii nostri minus sestertium quingenties exhauriente India, et merces remittente, quae apud nos centuplicato veneant.* Immensa propemodum est haec summa in res Indicas consumpta: conficit enim nostrorum aureorum centum et viginti quinque milliones. Incredibilis plane res; itaque puto, Romae venditas fuisse quingenties, non in India, hoc est aureis nostris 12500000. Adde jam merces ex Arabia advectas, advectas ex tot aliis Provinciis, ex quibus quicquid erat eximium Romam advehebatur. Praeclare Sidon. Apollin. *Carm.* 5.

—— tum quaeque suos Provincia fructu
Exposuit, fert Indus ebur, Chaldaeus amomum,
Assyrius gemmas, Ser, vellera, thura Sabaeus.
Atthis mel, Phaenix palmas, Lacedaemon olivum,
Argus equos, Epirus equas, pecuaria Gallus,
Arma Chalybs, frumenta Libes. Campanus Jacchum,
Aurum Lydus, Arabs guttam, Panchaia myrrham,
Pontus castorea, blattam Syrus, aera Corinthus.

Haec omnia auro, atque argento commutabantur: Roma enim nihil asportabantur ad exteros, unde possent merces cum mercibus commutare. Atheniensibus proderat negotiatio, quia, ut ait Xenophon, maxima rerum erat ad exportandum copia. Romanis nocebat, quia Cives auro, atque argento emungebat. Hinc ab Imperatoribus prohibitum est aurum Barbaris praeberi *in l.* 2. *C. de com. et merc.* Quod et multo ante fuerat constitutum. Cic. *pro L. Flacco. Exportari aurum non oportere, tum saepe ante Senatus, tum me Consule gravissime judicavit.* Quid? quod ea luxum invexit, pestem virtutum, perniciem Reipubl. excidium Imperii. Juven.

—— Saevior armis
Luxuria incubuit, victumque ulciscitur Orbem.

Incubuit post domitam Asiam, unde omnes deliciae in Urbem confluebant, et Imperium, quod aeternum fore videbatur enervavit, dissipavit, evertit. Itaque bene, ac sapienter veteres Romani negotiationem privilegiis non fovebant, quem morem posteri etiam diu retinuerunt.

Enim vero non ignoro, multa tum in Jure nostro, tum apud Veteres rerum gestarum Scriptores reperiri in favorem mercatorum constituta. Legimus apud 13
Svetonium *in Claudio c.* 18. *et* 19. *proposuisse fabricantibus naves mercaturae causa magna commoda, magna lucra negotiatoribus, suscepto in se damno, si cui quid per tempestates acci-*

disset. Legimus in Tacito *Ann. lib.* 13. a Nerone constitutum, ne censibus negotiatorum naves adscriberentur, tributumque pro illis penderetur. Apud Lampridium *in vita Alexandri Imperatoris*, ab eo concessam negotiatoribus immunitatem. Ulpian. in *l.* 1. §. *licet* 20. *ff. de exercit. action. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur, quia ad summam Remp. navium exercitio pertinet.* Coetera omitto, mox enim referemus opportunius.

Verumtamen animadvertendum est, haec omnia referenda esse ad negotiatores frumentarios, qui suis navibus, industria, vigiliis, Urbis annonae providebant. Magna, ac certa lucra proposuit Claudius negotiatoribus: nimirum quia:
14 *Cum in summa annonae caritate a turba detentus in foro, conviciisque, ac simul fragminibus panis ita instratus esset; ut aegre, ac nisi postico posset evadere, nihil non ex eo cogitavit ad invehendos etiam in tempore hyberno commeatus.* Idem Claudius tribuit Civitatem Romanam ei, qui navem fabricasset capacem decem millium modiorum frumenti, et Romam sex annis frumentum portasset, ut refert Ulpianus noster in fragmentis *Inst. tit.* 3. *de Latinis.* Huc etiam pertinet *l.* 3. §. *Senatusc. ff. de inc. ruin. naufrag.*

Nero negotiatores immunitate donavit. Ad quos pertineat hoc privilegium nos docet Scaevola in *l.* 3. *ff. de vacat. et exc. His, qui naves marinas fabricaverunt, et ad annonam Populi Romani praebuerunt, non minores quinquagin-*
15 *ta millium modiorum, aut plures singulas non minores decem millium modiorum, donec hae naves navigant, aut aliae in earum locum, muneris publici vacatio praestatur ob navem.* Possunt haec referri ad Marcum Antoninum, qui Scaevola valde usus est, et rei frumentariae graviter providit: sed non sine causa quis haec ad Neronem referat, nam Marcus *magis Jus vetus restituit, quam novum fecit.* Capitol. *in ejus vit.* Ut ut sit, constat Neronis privilegium ad negotiatores frumentarios solummodo pertinere. Tacit. *lib.* 13. *Annal. Temperata apud transmarinas Provincias frumenti subvectio: et ne censibus negotiatorum naves ascriberentur, tributumque pro illis penderent, constitutum.* Hujus constitutionis occasionem petere possumus a Sveton. *in Nerone* c. 45. *Ex annonae quoque caritate luctantium accrevit invidia. Nam et forte accidit, ut in publica fame Alexandrina navis nuntiaretur pulverem luctatoribus aulicis advexisse. Quare omnium in se odio concitato, nihil contumeliarum defuit, quin subiret.* Aurelianus quoque Imperator apud Vopisc. ita gloriatur: *Inter coetera, quibus Diis faventibus Romanam Remp. juvimus, nihil mihi est magnificentius, quam quod additamento unicae omne annonarum urbicarum genus juvi: quod ut esset perpetuum, naviculariosNiliacos apud Ægyptum novos, et Romae amnicos posui, Tiberinas extruxi ripas.*

Eodem referenda est etiam immunitas concessa negotiatoribus ab Alexandro Severo. Lamprid. *in ejus vita. Commeatum Populi Romani sic adjuvit, ut cum frumenta Heliogabalus evertisset, vicem de propria pecunia loco suo reponeret. Negotiatoribus, ut Romam volentes concurrerent, maximam immunitatem dedit.* Recte hunc locum interpretari possumus ex Callistrato, qui sub hoc Imperatore floruit. Hic in *l.* 5. §. *negotia-* 16
tores ff. de jure immun. Negotiatores, qui annonam Urbis adjuvant, item navicularii, qui annonae Urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in hujusmodi actu sunt. Et Paulus, cujus consilio Alexander utebatur *in l.* 9. §. *ult. ff. de vacat. Paulus respondit, privilegium frumentariis negotiatoribus concessum etiam ad honores excusundos pertinere.* Quamobrem dubitandum non est, eodem

pertinere *l.* 1. § *licet* 20. *ff. de exercit. act.* quae est Ulpiani, cujus etiam consilio utebatur Alexander Imperator. Habebant quoque navicularii corpus, quod immunitate gaudebat *l.* 1. *ff. quod cujusque univers.* sed ut immunitate gauderent, aut navigare debebant, aut majorem substantiae partam ad subvehendam annonam in mercatura habere *l. semper* 5. § *licet* 6. *ff. de jur. immun.* Quo referenda etiam est *l. Severus* 9. § 1. *ff. de Decur.* ubi navicularii Decuriones fieri prohibentur.

Eadem immunitas ab omnibus oneribus, et muneribus tributa est naviculariis a Constantino Imperatore in *l.* 5. 7. *et toto tit. Cod. Theod. de navic.* sed et haec ad juvandam annonam Urbis Constantinopolitanae, quam quadriennio ante aedificaverat, ac dedicaverat, videntur constituta *l. pro commoditate* 7. *et l. provideatur* 28. *Cod. Theod. de navicular.*

Ex his constat, privilegia omnia negotiatoribus concessa ad rem frumentariam pertinere. Sed quorsum tanta frumenti advehendi cura? Nimirum Romanus ager alendae tantae multitudini impar erat, et ad sedandam famem frumentum ex Sardinia, Sicilia, Africa, Hispania advehendum. Tacit. *lib.* 12. *Annal. Nec nunc. infoecunditate laboratur, sed Africam potius, et Egyptum*
17 *exercemus, navibusque, et casibus vita Populi Romani permissa est.* Plin. *in Paneg. Percrebuerat antiquitus, Urbem nostram, nisi opibus Ægypti ali, substentarique non posse.* Coepit et Populo distribui frumentum ab AEdilibus primum pretio minimo, mox etiam gratis. Manius Marcius AEdilis primus frumentum assibus in modios Plebi divisit: ut refert Plin. *lib.* 18. C. Gracchus semisse et triente. Clodius legem annonariam tulit, ut frumentum gratis populo daretur. Nec parva ea summa. Impensa in eam rem Catonis tempore, ut refert Plutarchus, mille ducenta, et quinquaginta talenta. Julius Caesar capta Africa viginti myriades medimnorum Plebi alendae Romam intulit: sunt duodecies centena millia modium. Modius pendebat supra viginti libras, plus minus viginti quinque. Refert P. Victor, Augustum ex AEgypto annua ducenties centena millia modium advexisse. Duplum ex Africa advehebatur, ut refert Josephus. Non assentior Lipsio, qui summam minuendam putat. Licet enim ea summa Populo non distribueretur; tamen curandum erat, ne et reliqua multitudo fame premeretur, at frumento indigeret. Severus reliquit canonem frumentarium septem annorum, ita ut quotidiana septuagena quina millia modium expendi possent. Hoc in septem annos ali commode poterant sexcenta millia hominum. Justiniano nostro imperante ex AEgypto Constantinopolin advehebantur octogies centena millia modiorum. *Edict. Justin.* 13. *cap.* 8. Tanta autem erat hujus frumentationis cura, ut Augustus tridui frumento in horreis viso, statuerit veneno mori, si e Provinciis interea classes non venissent. Consule *l. un. C. de Nili agger. l.* 1. *et* 2. *C. de nav. non excus. l. un. C. ne quid on. publ. l. provideatur* 28. *C. Theod. de navic. l.* 4. 8. *et* 9. *C. eod.*

CAPUT XIV.

AD L. QUOD PUPILLUS

ff. de cond. ind. et l. pupillus ff. de oblig.

SUMMARIUM.

I. Pupillaris aetas in tres distincta.
II. Pupillus pubertati proximus naturaliter obligatur. et n. 4.
III. Etiam hic quoad aliquos actus nullum animi judicium habere dicitur.
V. VI. Naturalis obligationis effectus.
VII. Quos effectus pariat in personam pupilli.
VIII. Novatio facta a pupillo, quando valeat, et n. 9.
X. Obligatio naturalis pupilli in aliorum persona omnes parit effectus.

XI. Explicatur *l. pupillus ff. de obl. et act. l. quod pupillus ff. de condi indeb.*
XII. Novatio a pupillo facta valet in persona debitoris, et creditoris, secus in persona pupilli.
XIII. Quae non habent effectum, nulla dicuntur in Jure nostro.
XIV. Impedimentum estrinsecum tollit effectum, non destruit substantiam.
XV. Quando pupillus solvens repetere non possit.

Pupillus aut est infans, aut infantiae
1 proximus: in tres enim partes dividitur aetas pupillaris. Infans est minor septem annis *l. si infanti C. de jur. delib. l. 1. §. sufficit ff. de admin. tut.* Infantiae proximus a proximo pubertate distinguitur non tam aetate, quam ingenio, calliditate, malitia. Certissimo argumento esse potest, quod Veteres in his distinguendis numquam aetatis, semper intellectus, et malitiae meminerunt, et pupillos, non infantes, alios habere intellectum dixerunt, alios non habere: item aut esse doli ac delicti capaces, aut non esse *l. pupillum* 111. *ff. de Reg. Jur. §. sed quod diximus Instit. tit. de inutil. stip. l. excipiuntur ff. ad S. C. Silan. l. 1. §. an in pupillum ff. depos.* Quoniam vero ingenii vis in aliis citius, in aliis serius perficitur: idcirco a Veteribus nulla certa aetas est definita. Quamobrem existimaverim verosimillimam esse sententiam eorum, qui putant id totum arbitrio Judicis committendum *l. 1. §. ult. ff. de jur. delib.*

2 Pupillus pubertati proximus cum intelligat id, quod agit, sit doli capax, ex delicto obligetur, ut constat ex modo laudatis legibus, utique et ex conventione sua poterit obligari sine tutoris auctoritate, non quidem civiliter *l. obligari* 9. *ff. de auctor. tut. princ. tit. Iustit. eod.* nisi quatenus factus fuerit locupletior *l. 1. in princ. l. 5. in princ. ff. de auctor tut. l. 1. §. an in pupillum ff. depos. l. 3. §. pupillus. l. si pupilli* 6. *in princ. l. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest.* sed naturaliter. Naturalis enim obligatio aequitatis vinculo sustinetur *l. Stichum* 95. *§. naturalis ff. de solut.* aequitas autem naturalis pacta servari suadet *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pecun.* Hujusmodi pupillus et intelligit id, quod agit, et id agit, ut obligetur: natura igitur aequum est, eum obligari: nec Jus Civile tollit naturales obligationes *l. eas obligationes* 8. *in fin. ff. de cap. min. l. ubi pugnantia* 188. *§. 1. ff. de Reg. Jur. §. sed naturalia Inst. tit. de Jure Nat.*

Porro sunt quidam actus, qui non solum intellectum, sed stabilis et constantis judicii maturitatem requirunt. Quoad hos actus etiam pupillus proximus pubertati nullum judicium habere dicitur, 3
quia ejusmodi judicium non habet, cujusmodi requiritur in his actibus celebrandis: ut cum agitur de condendo testamentum *§. 1. Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* de judicando *l. cum Praetor §. non autem ff. de judic.* de deferendo reos falsam monetam cudentes *l. 1. C. de fals. monet.* de sustinenda persona procuratoris *§. justae Inst. tit. quib. ex caus. man. non lic. l. si collectaneum* 13. *ff. de manum. vind.*

Caret igitur pupillus etiam pubertati proximus eo judicio, quod desideratur ad celebrandos hos actus: non caret ea in- 4
telligentia, quae requiritur, ut intelligat id, quod agit in contrahendo, vel in delinquendo, et quae desideratur, ut naturaliter obligetur. Itaque eum naturaliter obligari constat ex *l. hoc jure* 19. *§. si quis servo ff. de donat. l. ult. in princ. ff. de jurejur. l. cum illud* 25. *§. 1 ff. quan. dies leg. ced. l. si ejus pupilli* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad L. Falcid. l. 1. in fin. ff. de novat. l. Stichum* 95. *§. aditio ff. de solut. l. si pupillus* 127. *ff. de V. O. juncta l. fidejussor. in princ. et in §. fidejussor ff. de fidejuss.*

Contrarium tamen diserte traditum est in *l. pupillus ff. de oblig. et action. in l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* quae torserunt ingenia omnium Interpretum. Ego verissimam esse puto interpre- 5

tationem Donelli in *l. si pupillus* 127. *ff. de V. O.* quam confirmare conabor, eademque opera vim naturalis obligationis a pupillo contractae luculentius, quam hactenus alii praestiterint, explicare.

Vis naturalis obligationis spectatur in effectis, quae non repugnante, imo permittente et approbante Jure Civili, ab ea promanant. Effectus naturalis obligationis sunt partim per accessionem, partim principales
6 Per accessionem, veluti quod ei obligationi potest accedere fidejussor *l. stipulatus* 6. *in fin. l. fidejussor* 16. §. *fidejussor. ff. de fidejuss.* §. 1. *Instit. tit. de fidejuss.* quod potest accedere pignus *l. res hypothecae* 5. *ff. de pignor.* quod naturale debitum potest constitui *l.* 1. §. *debitum ff. de constit. pecun.* quod haec obligatio potest novari *l.* 1. *in princ. ff. de novat.* et quod novatio fit, etiamsi civilis obligatio in naturalem obligationem transfundatur *d. l.* 1. §. 1.

Effectus principales sunt fere duo, compensatio, et retentio. Naturale debitum etiam cum civili potest compensari *l. etiam* 6. *ff. de compens.* Potest etiam retineri a naturali creditore, si ad eum pervenerit id, quod ipsi naturaliter debebatur. Itaque si ei solutum fuerit, ab eo repeti non potest, nec cogi ad restituendum *l. naturales* 10. *ff. de oblig. et act. l. naturaliter* 13. *l. si poenae* 19. *l. si non sortem* §. *libertus ff. de condict. indeb.* Item si creditor succedat debitori, retinere potest quod sibi naturaliter debebatur *l. Stichum* §. *aditio ff. de solut.* Transit enim etiam obligatio naturalis in heredem, et ab herede in fideicommissarium *l. quamvis* 40. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* et si debitor solverit heredi creditoris, heres hoc quoque tenetur restituere fideicommissario *l. si haeredi* 47. *ff. eod.* Quod si Falcidia detrahenda sit, sicut heres deducere potest id, quod sibi civiliter debebatur *l. in imponenda C. ad Leg. Falc. l. qui fundum* 87. §. *si quis heredem ff. eod.* ita deducere potest, ac retinere id, quod naturaliter ei debebatur *d. l. Stichum* §. *aditio.*

Verumtamen non omnium obligationum naturalium eadem vis est. Quantum attinet ad pupilli obligationem, de 7
ea ita habendum. Aut obligatio pupilli consideratur in persona ipsius pupilli, aut in persona aliorum. Quoad personam pupilli, non immerito nulla dicitur, quia contra pupillum nullam vim habet. Quid ita? quia contracta est sine tutoris auctoritate, sine qua pupillus conditionem suam deteriorem facere non potest, *princ. tit. Instit. de auctor. tut.* haec certissima Juris Civilis regula vim omnem naturalis obligationis enervat, cum ea exerceri debet contra ipsum pupillum. Itaque si pupillus solvat id, quod debet, sine tutoris auctoritate, repetere potest, *l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* non quia id naturaliter non debeatur, sed quia persona pupilli, ejusque privilegium facit locum repetitioni *l. interdum ff. eod.* Quod si ea obligatio in alium transferatur, veluti in heredem ipsius pupilli, et hic solverit, repetere non poterit *l. si ejus pupilli in princ. ff. ad S. C. Trebell.* Retentionem quoque, quam non parit haec obligatio vivente pupillo, parit eo mortuo *l. Stichum* §. *aditio ff. de solution.* Ergo naturalis obligatio pupilli nullam vim habet adversus pupillum, non quia ipsa sit hebes, et infirma per se et nulla; sed quia impenetrabilis est persona pupilli, et auctoritate Juris Civilis defensa. Atque eadem ratione, nec compensatio admittetur in persona pupilli, nam et ipsa quaedam species est retentionis, ipsa quoque pupillo noceret.

Idem fere constitutum est in novatione. Docet nos Justinianus, pupillum sine tutoris auctoritate stipulari posse, promittere autem non posse. *princ. tit. Instit. de auctor. tutor.* In novatione contrarium est constitutum. Fit novatio promittente pupillo: non fit novatio pupillo

8 stipulante. Nihil enim nocet pupillo novatio cum promittit; quia ipse naturaliter solum obligatur; quae obligatio pupillum non laedit, ut diximus. Habet suum effectum haec obligatio naturalis, per eam enim sustinetur novatio *l. 1. in fin. ff. de novation.* Nocet etiam haec obligatio: non tamen personae pupilli, sed personae creditoris, qui rem amittit: prior enim debitor liberatur, et pupillus, in quem transfunditur obligatio prioris debitoris, est omnino immunis *§. praeterea Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* Idem dicendum, si pupillus promittat, ut novet suam obligationem: ipse liberabitur a priori obligatione civili et efficaci, et tenebitur solum obligatione naturali, quae quoad ejus personam erit inutilis, et nulla *l. 1. in fin. ff. de novat.* Utroque igitur casu valet novatio promittente pupillo: primo, quia novatio pupillo non nocet: secundo, quia prodest. Meliorem autem conditionem suam facere potest pupillus sine tutoris auctoritate *princ tit. Inst. de auctor. tutor.*

Contra vero si pupillus stipuletur, non fiet novatio. Et hoc est, quod traditur a Paulo in *l. novare* 20. *§. 1. ff. de novat. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare; tutor potest, si hoc*
9 *pupillo expediat.* Novat enim qui stipulatur is potest novare, cui recte solvitur *l. cui recte ff. de novat.* Pupillo non recte solvitur, et ideo novare non potest. *l. pupillo* 15. *ff. de solution.* Nocet enim novatio pupillo, quia liberat debitorem ab obligatione, et obligationem a se alienat, quam alienare non potest *d. l. pupillo*, etiamsi ei soluta sit pecunia debita *§. nunc admonendi Instit. tit. quib. alien. lic. vel non.* Quamvis enim loco debitoris liberati alium debitorem accipiat, qui fortasse potest esse magis idoneus, ac propterea possit expedire pupillo novatio *d. l. pupillo*: tamen quatenus liberat priorem debitorem, novatio ei nocet, et ideo est irrita. Est enim hoc damnum certum, utilitas autem incerta, quam expendere pupilli non est. Itaque quod sibi a Titio debetur, non potest pupillus a Cajo stipulari novationis causa, ut Titium dimittat. Sed nec delegare potest debitorem suum creditori *d. l. pupillo.* Quia delegando, eum dimittit, et alienat obligationem. Alium tamen, qui debitor non esset, et pro pupillo promitteret animo donandi, potest delegare, quia haec delegatio non posset nocere pupillo, nec quicquam alienaret.

Ex his constat, naturalem obligationem pupilli in ejus persona consideratam nullam vim habere. Quod si consideretur in persona aliorum, tunc omnes vires suas exerit, neque enim ipsam infringit personae conditio. Ideo parit omnes 10
effectus per accessionem, qui ad aliorum personam referri solent. Si pupillus promittat novationis causa, contingit novatio, ut diximus, et prior debitor liberatur *l. 1. in fin. ff. de novat. §. praeterea Instit. tit. quib. mod. toll. oblig.* si pro pupillo quis fidejusserit, tenetur fidejussor *l. si pupillus* 127. *ff. de fidejuss.* Quod de fidejussore traditum est, obtinere in pignore siquidem non ipse pupillus, sed alius ejus nomine rem suam pignori dederit, ambigendum non est *l. res hypothecae* 5. *ff. de pignor. l. etsi is* 9. *C. de praed. minor.* Item quod de novatione diximus, idem de obligatione constitutae pecuniae dicendum est, si quis constituat, se soluturum quod a pupillo debetur *l. 1. §. debitum ff. de constit. pecun.* Effectus quoque principales habet in persona aliorum, siquidem ad eos translata sit obligatio pupilli, ut paulo ante diximus: neque enim tunc quicquam ei obstat, quominus omnem vim suam exerat naturalis obligatio. Semota enim pupilli persona, nihil est ei impedimento, quominus se explicet, et vires omnes effundat.

His probe constitutis, quae verissima sunt, mirari non debemus, si Veteres considerantes hanc obligationem quoad personam pupilli, statuerunt, eam nullam

11 esse, pupillum nec natura debere, nec Naturali Jure obligatum esse, *l. pupillus ff. de oblig. et actiqn. l. quod pupillus ff. de condict. indeb.* Quid enim debet pupillus, aut quorsum est obligatus, si adversus illum nullam vim habet obligatio? Obligationum substantia in eo consistit, ut nos obstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. et action.* Majori necessitate nos obstringit obligatio civilis, minori naturalis. Utraque tamen vinculum est *l. Stichum* 95. *§. aditio ff. de solution. princ. tit. Instit. de obligat.* Atqui in persona pupilli nullum est ejusmodi vinculum, quod habeat ullam vim ejus adstringendi, aut habest ullum effectum: vim enim omnem retundit Jus Civile, et omnem effectum tollit.

Hinc recte Justinianns noster in *§. praeterea Instit. tit. quib. mod. toll.*
12 *oblig. Si id quod tu Titio debes, a pupillo stipulatum fuerit sine tutoris auctoritate, res amittitur, nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.* Videtur hoc plane absurdum. Si posterior obligatio nulla est, non potest liberari prior debitor: non potest enim tolli prior obligatio nisi nova nascatur *d. § praeterea, et l.* 1. *in princ. ff. de novation.* Nec potest dici nulla obligatio, per quam fit novatio, per quam contingit liberatio debitoris, praesertim quia non alia de causa fuit instituta: habet igitur effectum, quem voluerunt contrahentes, qui novandi animo contraxerunt. Videtur igitur pugnantia loqui Imperator noster. Estne hoc ita? minime vero. Eadem ratione qua J. C. in *l. pupillus ff. de oblig. et acion. et in l. quod pupillus ff. de condict. ind.* dixerunt pupillum nec natura debere, nec naturaliter obligari, dixit et Imperator pupilli nullam esse obligationem. Nimirum quando consideravit personam creditoris, qui rem amittit, personam debitoris, qui liberatur, agnovit vim naturalis obligationis: sed quando consideravit personam pupilli, dixit, nullam esse obligationem; cum enim ea vim suam exercere non possit adversus pupillum, creditor rem amittit, a pupillo nihil sperare potest.

Neque novum est, obligationem nullam dici, considerato impedimento, quod ipsi resistit, licet per se ipsa subsistat, et natura sua sit efficax. Obligatio mere civilis dicitur efficax in *§. praeterea Instit. tit. de exception.* eadem dicitur 13
nulla in *l. si dari* 25. *ff. de V. O.* Nimirum Imperator in *d. §. praeterea* consideravit actionem, quam parit haec obligatio. Pomponius contra in *l. si dari* consideravit exceptionem, qua eliditur, et infringitur actio. Obligatio in diem statim nascitur, et in diem differtur solutio *l. centesimis* 46. *ff. de V. O. §. omnis Inst. eod. l. cedere diem ff. de V. S.* dicitur tamen nasci ex die *l. obligationum fere §.* 1. *ff. de oblig. et act.* et non dicitur deberi statim, sed post diem, et futura dicitur obligatio *l. cum qui Calendis §.* 1. *l. si stipulatus* 76. *§.* 1. *ff. de V. O. l.* 1. *§.* 1. *l. si in annos ff. de cond. et demonst.* Quid ita? quia licet statim debeatur, statim nata sit obligatio; tamen impeditur effectus exactionis *l. nihil peti ff. de Reg. Jur. l. centesimis ff. de V. O.* Est et cognatio servilis, quae in nuptiis consideratur *§. illud certum, Instit. tit. de nupt. princ. tit. Inst. de servil. cognat.* quia tamen nullus est ejus effectus in servitute, ideo nulla cognatio in servis esse dicitur *l.* 1. *§.* 2. *ff. unde cogn. l. ult. §. non parcimus ff. de gradib. et affin.*

Illud tamen doctis quibusdam Viris absurdum videtur, quod obligatio naturalis consistat in persona pupilli, eaque sit sine effectu, cum posita causa effectus necessario consequatur, eoque deficiente ipsa quoque causa deficiat.

Sed nullius momenti est hujusmodi argumentum: haec enim vera sunt solummodo, cum effectus deficit propter

impedimentum, ac vitium intrinsecum causae: videlicet cum causa ipsa per se. non est idonea ad producendum effectum. Coeterum cum causa non producit effectum propter impedimentum extrinsecus obveniens, potest esse causa sine effectu.
14 Homo dormiens, homo delirus, aut furiosus, non eo minus est animal rationale, quod in eo ratio sit sine effectu. Gladius non eo minus est acutus, et per se aptus ad feriendum, quod vagina sit inclusus. Remove vaginam, et experire. Si novaculam impingas adamanti, non caedet; hoc fit adamantis duritie, non novaculae hebetudine. Remove personam pupilli, quae retundit aciem naturalis obligationis, et non erit sine effectu. Persona pupilli refringit vires obligationis *l. interdum ff. de condict. indeb.* non imbecillitas obligationis. Itaque vires suas exerit contra alios, non contra pupillum. Pupilli non possunt de rebus suis disponere, neque eas alienando *l. pupillus* 11. *ff. de acquir. rer. dom. l. obligari* 9. §. *pupillus ff. de auctor. tutor.* neque de illis testando §. *praeterea Instit. tit. quib. non est perm. fac. testam.* Num idcirco domini non sunt? falsum §. *nunc admonendi Instit. tit. quib. alien. lic.* Libertas est facultas faciendi quod libet §. *et libertas Instit. tit. de jure person. l.* 4. *ff. de statu homin.* Capti a latronibus non possunt facere quod libet, et tamen liberi sunt *l. hostes ff. de capt. et postlim.* Nimirum non deest facultas naturalis, sed vi externa impeditur. Obligationum praecipuus effectus est, ut pariant actionem *l. licet* §. *ea obligatio ff. de procur. l. actionum ff. de oblig. et act.* qua debitor adstringatur, et cogatur ad dandum *l. obligationum substantia ff. de oblig. et action.* Stipulatio in diem statim parit obligationem *l. cedere diem ff. de V. S. l. centesimis ff. de V. O.* §. *omnis Instit. eod.* et tamen ante diem nihil peti, nihil exigi potest. *l. nihil peti* 186. *ff. de Reg. Jur. l. certi* 9. *ff. de reb. credit.* Non deficit obligatio, sed adjectio diei impedit, ac differt ejus effectum *d.* §. *omnis Instit. tit. de V. O.* Obligatio, cui obstat exceptio aliqua perpetua, est vera obligatio, et producit actionem; sed tamen neque ex ea obligatione promanat effectus, qui ex aliis obligationibus solet provenire obstante exceptione §. 1. *Instit. tit. de except.*

Illud quoque falsum est, esse sine effectu naturalem obligationem pupilli, cum vires suas exerceat tum in accessionibus, tum adversus eos, in quos translata fuit obligatio, ut paulo ante demonstravimus. Imo et adversus ipsum pupillum, quoties non repugnat regula illa, qua statuitur, pupillum sine tutoris auctoritate conditionem suam non posse facere deteriorem. Itaque si pupillus cum auctoritate tutoris promittat id, quod naturaliter debebat, obligabitur, neque enim haec promissio erit donatio, sed debiti 15
solutio *l. hoc jure* §. *si quis servo ff. de donat.* Unde intelligimus, quod etsi tutore auctore solverit, quod naturaliter debebat, non poterit repetere, cum sit debiti solutio *d. l. hoc jure.* Itemque si pubes factus solverit, non repetet; agnovit enim naturalem obligationem, postquam persona ejus amplius non facit locum repetitioni, argum. text. *in l. item si* §. *penult. et ult. ff. ad S. C. Maced. l.* 2. *C. eod. l.* 2. *C. de fideicom.* Et de hoc pu- 16
pillo arbitro intelligenda Jurisconsultorum responsa in *l. si ejus pupilli* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebell.* ubi agitur de pupillo pubere facto, cum testamentum condiderit: add. §. *praeterea Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* De eodem agi puto in *l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falcid.* cum ibi legati repudiati mentio fiat, ac proinde vel supponatur pupillus pubes factus, vel adhibita tutoris auctoritas.

CAPUT XV.

AD §. PRÆTEREA INSTIT.

tit. quib. mod. toll. oblig.

SUMMARIUM.

I. Expromissor unde dictus, et quis sit?
II. Quando quis expromittere dicatur.
III. Expromittente pupillo fit novatio.
IV. V. Nec restituitur actio adversus veterem debitorem.
VI. Expromittente muliere actio restituitur: et quare? n. 14. et 18.
VII. Actio omnino restituenda, quando quis facti ignoratione decipitur.
VIII. IX. Expromittente minore actio restituitur: et quare? n. 22.
X. Quando actio restituitur plura exempla proponuntur usque ad n. 14.
XIV. Beneficia sine cujusquam injuria sunt concedenda.
XV. Hereditas non adita non transmittitur. Fallit in casu S. C. Silaniani.
XVI. Muliere impubere expromittente actio non restituitur.
XVII. Restitutio in integrum ita conceditur, ut quam minimum fieri possit alter laedatur.
XIX. In contractibus non excusat ignorantia facti.
XX. In contractu pupilli locum non habet regula correlativorum.
XXIII. Datur restitutio etiam adversus naturalem obligationem.
XXIV. Contrarium probatur.
XXV. Alienum factum nobis nocere non debet.
XXVI. Cessat beneficium divisionis, si alter fidejussor solvendo non sit.

Novare, et novationem dixere Veteres Jurisconsulti: novatorem non dixerunt, quamvis hoc nomen Latinum fit, et maxime accommodatum ad explicandum eum, qui novat obligationem. Hic enim aliam ex alia obligationem facit. *l.* 4. §. *ait Praetor ff. de re judic.* Ac propterea novatoris nomen ei maxime convenit. Ovid. in Metamorphos.

—— Rerumque novatrix
Ex aliis alias reddit natura figuras.

Nostris tamen Jurisconsultis magis placuit nomen expromissoris, quam novatoris, fortasse quia hoc multo latius patet, quam illud. Hoc nomen explicabimus paulo accuratius, quam a Nostris factum sit, cum plerique vim ejus nominis non sint assecuti.

Expromissor dicitur is, qui pro alio promisit ea conditione, ut ab eo mox liberaretur, in *l. et eleganter* 7. §. *servus ff. de dol. mal.* Et recte quidem meo judicio. Apud Historiae Augustae Scriptores, *ex Consulibus* dicitur, qui Consul fuit: *ex Ducibus*, qui fuit dux: *ex Tribunis*, qui fuit Tribunus: *ex Praefecto Urbi*, qui fuit Praefectus Urbi. Apud veterem Juvenalis Interpretem *ex gladiatore* dicitur, qui gladiator fuit. Ab Arnobio castrati dicuntur *ex maribus*: quasi mares fuerint, jam non sint. Hujusmodi autem nomina passim occurrunt in Codice Theodosiano: et in Cod. Justinianeo invenimus *ex Quaestore*, *ex Consule*, *ex Praefecto Praetorio* §. 1. *de nov. Cod. fac. et* §. *ad istum de Justin. Cod. confir.* Quemadmodum autem Veteres ex duobus verbis *pro Consule*, et *pro Praetore*, et similibus, unam vocem composuerunt, dixeruntque *Proconsulem*, *et Propraetorem*: sic illi ex duabus vocibus unam fecerunt, ac dixerunt *Exconsulem*, *Exquaestorem*, *Excubicularium*, Isidor. *lib.* 9. *Etym. cap.* 3. Justin. *in praefat. Cod. l. maximarum* 12. *C. de excus. mun. lib.* 10. Sic ex *promissore* factum est expromissor: isque ille est, qui promisit, et fuit obligatus *d. l. et eleganter* §. *servus ff. de dol. mal.* Quoniam vero aliquando expromittere significat idem ac promittere, ut in *l. si noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. cum dotis* 55. *ff. de jure dot.* vel potius quia, qui novat alicujus obligationem, succedit in locum ejus: idcirco expromissor dici coepit etiam is, qui novat aut suam, aut alienam obligationem, et expromitti dicitur, quoties promittitur id, quod antea debebatur, quare hoc verbum ad novationem pertinet *l. ult. ff. de S. C. Macedon.*

Itaque si quis, cum antea civiliter non teneretur, idem postea creditori suo promittat per stipulationem, expromittere dicitur *l. ult. ff. de S. C. Macedon. l. hoc jure* 19. §. *si quis servo ff. de do-*

nat. Item si mutetur persona creditoris,
2 et qui Titio debebat, Cajo promittat a creditore suo delegatus, dicitur expromittere *l. debitor* 36. *ff. de jur. dot. l. si mandatum* 45. §. *sed si mandavero ff. mandat. l. mortis* 31. §. *si jusseris ff. de mort. caus. donat.* Denique, et mutsts persona debitoris expromissor is dicitur, qui promittit id, quod ab alio debetur, ejusque in se transfert obligationem *l. si noxali* §. 1. *ff. de pecul. l. quod servus* 56. *ff. eod. l.* 4. §. *ait Praetor ff. de re judic. l. quod si non solvere* 10. *ff. de pignor. action. l. si quis* 4. *ff. de cond. caus. dat. l. quamvis* 8. §. *si convenerit ff. ad S. C. Vellejan. l. et eleganter* §. *servus ff. de dol. mal. l. qui libertinus* 37. §. *ult. ff. de operis libert.* Expromittere autem dicuntur etiam servus, et mulier, licet expromittendo non obligentnr *l. si noxali* §. 1. *l. quod servus* 56. *ff. de pecul. l. quamvis* §. *si convenerit ff. ad S. C. Vellejan.*

Ad rem nostram veniamus. Si pro aliquo debitore pupillus expromittat sine tutoris auctoritate, liberst eum debitorem §. *praeterea Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* Licet enim pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur civiliter; obligatur tamen naturaliter *l. si pupillus* 21. *in princ. ff. ad Leg. Falcid. l. si ejus* 64. *in princ. ff. ad S. C. Trebellian. l. cum illud* 25. *ff. quando dies leg. ced. l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut. l. ult. in princ. vers. nam si ff. de jurejur. l. si pupillus* 127. *ff. de verb. obligat. l. hoc jure* 19. §. *servus ff. de donat.* Naturalis autem obligatio sufficit, ut novetnr praecedens obligatio *l.* 1. §.
3 1. *de novat.* Dubitari tamen potest, an creditori ex aequitate restituenda sit actio adversus veterem debitorem a pupillo expromittente liberatum. Etenim si ei non restituitur actio, nihil amplius consequi poterit, non a vetere debitore, quia liberatus est: non a pupillo, quia civiliter non est obligatus. Quaeritur autem, an in hac causa restituenda sit actio amissa, quia plerisque in causis ea restituitur, ut infra demonstrabimus: et actio, quae restituitur, vocatur *actio restitutoria l. quamvis* 8. §. *Marcellus et* §. *si mulieri et* §. *plane l. aliquando* §. *ult. ff. ad S. C. Vellejan. l.* 8. *C. eod. l.* 3. §. 1. *ff. de eo per quem fact. erit.* Haec eadem vocatur *actio rescissoria* in *l. si paternam* 8. *et in l. si mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan.* quia rescissa intercessione, ac novatione, restituitur actio adversus veterem debitorem *l. ult. in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* quemadmodum rescissoria vocatur actio illa, qua rescissa usucapione, vel alia liberatione, res nostrss recuperamus *l. ab hostibus* 18. *C. de postlim. revers. l. necnon* §. *pen. et ult. ff. ex quib. caus. major.* §. *rursus ex diverso. Instit. tit. de action.*

Hac autem de re gratias habere oportet Imperatori nostro Justiniano, qui in *d.* §. nos docuit, actionem non esse restituendam. Ait enim in *d.* §. *praeterea: Interdum licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur: veluti si id, quod tu Titio debes, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatum fuerit: quo casu res amittitur, nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.* Res amittitur expromittente pupillo: non amitteretur autem, si creditor posset actionem recuperare: ei enim integra causa pristina restitueretur *l. si mulier contra* 14. 4
et l. quidam 29. *ff. ad S. C. Vellejan.* et posset convenire debitorem suum, perinde ac si novatio facta non fuisset *l. si paternam* 8. *C. eod.* Is, cui a Praetore succurritur, rem non amittit, sed amissurus esset, nisi succurreretur *l. in omnibus praetoriis* 5. *ff. de praet. stipulat.* et amitti, aut perire res dicitur, quando omnino redditur inutilis obligatio, et actio, vel ipso Jure, vel ope exceptionis *l. si debitor* 91. *ff. de solut.* quando autem quis habiturus est actionem,

aut exceptionem, res servari dicitur, non amitti *l.* 2. §. *si Titius ff. de hered. vel action. vend. l. et haec distinctio* §. *cum fundum ff. locat. l. cum vir.* 10. *ff. de except. dol. mal.* nam qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam
5 habere videtur *l. id apud* 143. *ff. de Verb. Sign. l. qui* 15. *ff. de Reg. Jur.*

Nec obstat text. in *l. Divus in princ. ff. de rest. in int.* ubi rem amisisse dicitur ille, qui in integrum restituendus est. Nam ibi *res* significat litem, quemadmodum et in *l. sine Judice* §. *Marcellus ff. rem rat. hab.* Nec quicquam impedit, quominus litem amisisse dicatur, qui petere potest restitutionem in integrum.

Sit igitur hoc constitutum, expromittente pupillo sine tutoris auctoritate non solum liberari directa actione debitorem, sed etiam rem amitti, nec esse restituendam actionem creditori. Multis tamen et legibus, et argumentis contrarium probari posset, de quibus est a nobis accurate disserendum.

Primum satis constat, quod expromittente muliere restituitur actio adversus veterem debitorem, quia mulier Vellejano Senatusconsulto adjuvatur *l. si mulier* 16. *C. ad S. C. Vellejan. l.* 1. §. *ult. l. quamvis* §. *quoties, cum mult. seqq. l. aliquando* §. *ult l. si mulier* 14 *l. si pro uno* 20. *l. debitrix* 24. §. 2. *et* 3. *l. qui-*
6 *dam* 29. *ff. ad S. C. Vellejan.* Imo si ille, pro quo mulier se obligavit, non sit obligatus, quia mulier ipsa loco ejus contraxerit: nihilominus adversus eum datur actio, tamquam si ipse contraxisset *l. quamvis* 8. §. *si cum essem ff. eod.* Ergo actio restitui debet etiam expromittente pupillo.

Imo multo magis restitui debet, cum pupillus expromittit, quam cum expromittit mulier. Etenim quando quis deceptus est ignoratione facti, et actionem amisit, redditur ei actio amissa: non redditur autem, quando sciens id fecit, quo actionem amitteret *l. heredem* 17. *ff. de*
7 *his, quae ut indign.* Qui autem accipit mulierem expromissorem, non potest facti ignorationem praetendere *l. quamquam* 7. *ff. ad* §. *C. Vellejan.* At qui accipit pupillum, potest ignoratione facti decipi propter incertum aetatis, ut constat ex toto *tit. C. si minor se major. dixer.* Et ad rem nostram pertinet *l. si Titius et Seja* 48. *ff. de fidejuss.* ubi si quis fidejusserit simul cum muliere, non habet beneficium divisionis, quia scire potuit, aut ignorare non debuit, mulierem frustra intercedere. Contra vero si quis fidejusserit simul cum minore, habet beneficium divisionis propter incertum aetatis. Igitur cum excusetur ille, qui erravit in aetate minoris, aut pupilli: non autem excusetur, qui erravit in sexu mulieris: aequius est, ut restituatur actio ei, qui accepit pupillum expromissorem, quam ei, qui accepit mulierem *d. l. heredem.* Et confirmatur exemplo filii-familias. Si quis mutuam pecuniam crediderit ei, quem patremfam. putabat non vana simplicitate deceptus, pecuniam non amittit, et cessat Senatuscons. Macedonianum. *l.* 3. *in princ. ff. ad S. C. Maced.* At vero adversus mulierem hanc facti ignorationem praetendere non possumus *l. quamquam* 7. *ff. ad S. C. Vellejan.* In pupillo autem eadem videtur esse ratio, ac in filiofamilias.

Secundo, pupilli, et minores semper in Jure nostro comparantur: sed expromittente minore restituitur actio adversus
veterem debitorem *l. un.* §. 1. *C. de reput.* 8
tat. quae fiunt in jud. restit. in int. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. et ration. distrah. Ergo et expromittente pupillo.

Tertio, confirmatur ex *l. si Titius, et Seja* 48. *in fin. ff. de fidejuss.* ubi si quis minorem dolo adduxerit ad expromittendum, frustra desiderat, ut sibi actio restituatur adversus veterem debitorem a
minore liberatum. Ergo a contrario, si 9
creditor minorem non circumvenerit, recte petet, actionem sibi restitui: est autem hoc argumentum fortissimum *l.* 1. *in princ. ff. de off. ejus, cui mand. est*

jurisd. Idem autem quod de minore dicitur, de pupillo dicendum videtur.

Quarto, consideranda est *l ex hoc* 8.
10 § *plane ff. de eo, per quem fact. erit.* Quidam prohibuit, ne in judicio sisteret reus, interim reus elapso tempore liberatus est actione illa, qua conveniri poterat. Tenetur is, qui vetuit, ne in judicio sisteret reus: verumtamen si hic solvendo non sit, aequum est, restitui actionem adversus veterem debitorem liberatum. Ergo multo magis restituenda est, quando debitor liberatur a pupillo, qui nec tenetur, nec potest conveniri. Ille potest sperare, eum ad pinguiorem fortunam perventurum: potest, si non totam summam, saltem aliquam partem ab eo exprimere, atque emungere. Huic nulla spes est reliqua, cum pupillus conveniri non possit. *Quaedam nomina bona, lentus, ac sapiens creditor fecit, qui sustinuit, ac mora fovit*: ut ait Senec. *de benefic. lib.* 7. *cap.* 29. At hic bonum nomen facere non potest, cum pupillus non sit obligatus.

Quinto, si servus noxae dedatur ei, cui damnum dedit, cum a domino absente non defendatur, et reversus domi-
11 nus petat, ut sibi servus restituatur; restituitur etiam actio creditori adversus ipsum dominum *l.* 2. *in fin. ff. si ex noxal. caus. agat.* Ergo creditor non debet privari emolumento, et eo, quod sibi debebatur; et si privetur, ei actio pristina restituenda est.

Sexto, si duo pro eodem fidejusserint, alter pure, alter sub conditione: et qui pure acceptus est, pro virili condemnatus fuerit; restituenda est adversus eum actio, si alter non sit solvendo eo tem-
12 pore, quo conditio existit. *l. si plures* 27. *ff. de fidejussor.* Igitur restituitur actio creditori adversus veterem debitorem, quoties ille liberatus est facto ejus, qui solvendo non est. Ergo multo magis restituenda est, si liberatus sit facto ejus, qui se non potest obligare.

Denique, si minor acceperit expromissorem inopem, restituitur ei actio adversus veterem debitorem *l. patri* § *ex hoc ff. de minor.* Ergo multo magis restituen- 13
da est, quando expromissor est pupillus, qui non obligatur.

Ne quem turbent haec argumenta, singula refutabimus. Ad primum respondeo, non eamdem esse causam mulieris, et pupilli. Mulier natura sua se potest obligare, et ex omnibus aliis causis obligatur, quia et habet animi judicium, et rerum suarum administrationem. Verum Senatusconsultum Vellejanum, ut auxiliaretur infirmitati, atque imbecillitati mulierum, novum hoc ipsis beneficium indulsit, quo factum est, ut foeminae ex sua intercessione non teneantur. AEquum autem Praetori visum fuit succurrere etiam creditori, qui facto mulieris actionem amisit, eam ipsi restituendo *l.* 1. *in fin. ff. ad S. C. Vell.* Et merito: be- 14
neficia enim sine cujusquam injuria, damnove sunt concedenda *l. nec avus C. de emancip. l.* 2. § *merito ff. ne quid in loc. public. l. impuberi ff. de administ. tut. l. sciendum ff. ex quibus caus. major. l. quoties* 2. *et l. rescripta* 7. *C. de precib. Imperat. offer. l.* 2. § *si quis a Principe ff. ne quid in loco publ. l. si quis sepulcrum in princ. ff. de religios. et sumpt. fun.* Et ne pupillis quidem nova beneficia cum alterius injuria sunt impertienda *l. sed cum ab herede ff. ad S. C. Trebellian.* Quod mulieres non teneantur intercessione, id obtinuerunt, non quia non sint idoneae ad contrahendam obligationem, sed beneficio Senatusconsulti: sic appellatur in *l. debitrix* § *si Senatusconsulti ff. ad S. C. Vellejan.* in *l. quamvis* 9. in *l si adversarius* 10. in *l. si dotare* 12. *C. eod.* seu ejusdem Senatusconsulti auxilio; ut vocatur in *l. si mulier* 26. *ff. ad S. C. Vellejan.* in *l. Senatusconsultum*, in *l. si sine*, in *l. si mater*, in *l. si sciens*, in *l. si uxor C. eod.* Igitur,

quantum fieri poterat, hoc beneficium, et auxilium sine injuria creditoris concedendum fuit. Cessat in pupillis haec regula. Illi enim nullo beneficio, nullo auxilio indigent, ut expromittendo non obligentur, quia nulla ex causa obligantur sine tutoris auctoritate *l. obligari ff. de oblig. et action. princ. tit. Inst. de auct. tut.* Non obligantur autem, quia non sunt idonei ad contrahendam obligationem, cum nec habeant animi judicium *l. pupillus* 189. *ff. de Reg. Jur.* §. *praeterea Inst. tit. quib. non est permiss. fac. test.* nec ipsis concessa sit rerum suarum administratio §. 2. *Inst. tit. quib. alien. lic.* et tutores domini loco habeantur in rebus pupilli *l. qui fundum* 7. §. *si tutor ff. pro empt. l. interdum* 56. §. *qui tutelam* 4. *ff. de furt.*

Exemplis rem explico. Non transmittitur ad successores hereditas, nisi adi-
15 ta sit *l. un.* §. *in novissimo C. de caduc. tollend.* Vetuit Senatusconsultum Silanianum adire hereditatem ejus, qui occisus est, antequam quaestio de familia habeatur; sed tamen hoc sine injuria heredis statuendum fuit: itaque si interea moriatur heres, trasmittit actiones utiles ad suos successores: sed ita tamen, si hoc solo impedimento terreatur, ne adeat: si alia de causa non adierit, aut aliud impedimentum obstiterit, non prodest Senatusconsultum *l.* 3. §. *non tantum cum seq. et* §. *ult. ff. ad S. C. Silanian.* Hinc intelligimus, non solum, cur expromittente pupillo non sit actio restituenda: sed etiam, quod si foemina impubes expromiserit sine tutoris auctorita-
16 te, actio restituenda non erit. Neque enim creditori proderit sexus expromittentis, cum obstet aliud impedimentum aetatis *d. l.* 3. §. *ult. ff. ad S. C. Silanian.*

Aliud exemplum sit in minoribus. Minores si curatorem non habeant, aut si habeant, cum ejus consensu recte contrahunt. Praetor tamen, si sua facilitate laesi, captive fuerint, concedit ipsis restitutionem in integrum, et quidem eadem de causa, qua Senatusconsultum foeminis succurit *l.* 1. *ff. de minor. l.* 5. *in fin. C. de in integr. restit. l. ait Praetor* §. *non solum ff. de minor.* Ita tamen 17
eam concedit, ut quam minimum laedatur, qui cum minore contraxit, et ideo omnia redigit ad pristinum statum *l. quod si minor* §. *restitutio ff. de minor. l.* 1. §. *plane ff. de collat. l.* 1. *et* 2. *C. si advers. transact.* et expromittente minore restituit actionem adversus veterem debitorem *l. un.* §. 1. *C. de reput. l. ult. ff. de minor. l. alterius ff. de tutel. et rationibus distrahendis.* Est enim hoc auxilium extraordinarium *l. in causae* 16. *ff. de minor.* et beneficium *l. Praeses. ff. eod. l. un. C. si advers. rem judic. l. ult. C. si minor se major. dixer. l.* 1. *C. de filiof. minor.* et ideo sine cujusquam injuria concedendum est, ut diximus: idemque servandum in muliere.

Praeterea additur his alia ratio. Senatusconsultum Vellejanum factum est, ut subveniretur mulieribus deceptis, et prospiceretur ne in posterum deciperentur *l.* 2. §. *verba et* §. *seq. ff. ad S. C. Vellejan. l. si sine* 5. *C. eod.* At vero cum mulier expromittit, magis decipitur a debitore, qui eam adducit ad expromittendum, quam a creditore, qui eam accipit expromissorem: atque ideo veniam non meretur debitor, nec ei prodesse debet Senatusconsultum, cum fecerit id, quod
ne fieret, cavit Senatusconsultum. Et 18
hoc est, quod traditur in *l.* 1. *in fin. ff. ad S. C. Vellejan.* Etenim si nec ipsa mulier ullum commodum sentit ex Senatusconsulto cum decipiendi animo intercedit *l.* 2. §. *sed ita, l. si decipiendi in princ. ff. ad S. C. Vellejan. l. si sine C. eod.* quanto minus debet sentire commodum ex intercessione, qui mulierem ipsam decepit, quod fieri vetat. Senatusconsultum. Quod autem debitor ipse mulierem deceperit, ideo praesumitur, quia ad ipsum pervenit emolumentum, cum liberetur ab obligatione. Notus est ille communis Oratorum locus, cum praesu-

mi deliquisse, qui ex delicto commodum sentit. Notum et illud Cassianum, *cui bono fuisset*. Non ita se res habet in pupillis. Etenim pupilli contrahere prohibentur, non ad evitandas fraudes contrahentium, sed quia non sunt idonei ad contrahendam obligationem, seque nulla ex causa possunt obligare sine tutoris auctoritate, etiamsi damnum ex contractu non patiantur.

Ad ea autem, quae adjungebantur confirmandi argumenti causa, respondetur, quod veniam meretur, nec puniri debet ignorantia facti *l. genero* 8. *ff. de his, qui not. inf. l. ult. ff. de decret. ab ord. fac.* et ideo in *d. l. heredem* 17. *ff. de his quae ut indign.* actio restitui-
19 tur. At in casu nostro, in quo agimus de contractu, non facile excusatur ignorantia, quia nemo ignarus esse debet conditionis ejus, cum quo contrahit *l. qui cum alio* 19. *ff. de Reg. Jur.* Et qui cum pupillo contrahit, sibi imputare debet, nec excusatur, adeo ut ipse obligetur, licet pupillus vicissim non obligetur *princ. tit. Instit. de auct. tut. l. si id quod* 7. §. 1. *ff. de resc. vend. l. Julianus* 13. §. *si quis a pupillo* 29. *ff. de*
20 *action. empt.* Nec observatur illa regula pervulgata: quod in uno ex correlativis obtinet, id etiam in altero obinere debere *l. ult. ff. de acceptil. l. cum emptor* 5. *in princ. ff. de rescind. vendit.*

Ad text. in *l. si Titius, et Seja ff.*
21 *de fidejuss.* dico, multa ibi concurrere, quo fidejussor excusetur, qui simul cum minore fidejussit. Primum ibi fidejussor non contrahit cum minore, itaque non debet ei imputari, si non exploravit ejus conditionem, et aetatem. Praeterea non solum excusatur propter incertum aetatis, sed etiam propter incertum restitutionis; ibi: *propter incertum aetatis, et restitutionis.* Item ibi agitur de minore, non de pupillo. Facilius cognoscitur pupillus, quam minor: pupillus enim tutorem habere debet §. *impuberes Instit. tit. de Atil. tutor.* minor autem potest non habere curatorem, cum invitis curator non detur. §. *item inviti Instit. tit. de curator. l. si impuberi* 13. §. *ult. ff. de tut. et curat. l. mutus* 43. §. *is qui* 3. *ff. de procurat. l. matris* 6. *C. qui pet. tut. l.* 3. *in fin. C. de in integr. restitut.* Potest minor se majorem fingere, et adversarium decipere *l.* 1. *et seqq. C. si min. se major dixer.* pupillus non potest se majorem fingere: nemo enim tam bardus est, qui non dignoscat impuberem a majori viginti quinque annis. Quod si pupillus dicat, se excessisse pupillarem aetatem, id ei nihil profuturum est, quia qui cum eo contrahit, exigere debet curatoris auctoritatem, sine qua non obligaretur, si minor esset *l.* 3. *in princ. C. de in integr. rest.* Itaque qui cum pupillo contrahit, sine magna sua culpa et incogitantia decipi non potest. Denique animadvertendum est, quod in *d. l. si Titius, et Seja ff. de fidejuss.* agitur de minore, qui curatorem non habebat, ac propterea excusatur fidejussor, si eum majorem esse existimavit, quia minores solent habere curatorem *l.* 3. *ff. de minor.* Quod ibi agatur de minore curatorem non habente, probatur hoc modo. Ibi minor petiit, et impetravit restitutionem in integrum, quae utique datur curatorem non habenti *l.* 3. *in fin. C. de in integr. restitut.* Quod si dicamus, eum habuisse curatorem; aut fidejussit sine ejus auctoritate, aut adhibita ejus auctoritate. Si fidejussit cum ejus auctoritate, non poterit esse incerta ejus aetas, ut ibi supponitur: nam qui in contractu videt adhiberi curatoris auctoritatem, hoc ipso debet intelligere, eum esse minorem. Si fidejussit sine curatoris auctoritate, non datur ei in integrum restitutio, sicut non datur pupillo sine tutoris auctoritate contrahenti *l. in causae* 16. *in princ. ff. de minor.* quia contractus ipso Jure non valet *l.* 3. *C. de in int. restit.* et quando contractus non valet, restitutio non datur, quia ipso Jure nu-

nitus est *d. l. in causae* 16. §. *et generaliter ff. de minor. l. in dubium C. de tutor. vel cur. qui satis non ded. l. si tutor.* 4. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Ibi autem supponitur impetrata restitutio: ergo falsum est fidejussisse sine curatore. Superest igitur, ut non habuerit curatorem.

Ad text. in *l.* 3. *in princ. ff. ad S. C. Macedon.* respondetur, quod cum exceptio Senatusconsulti Macedoniani detur in odium creditoris *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* non debet exceptio nocere ei, qui justa facti ignorantia est deceptus *l. genero* 8. *ff. de his qui not. infam. l. ult. ff. de decret. ab ord. faciend.* Justa autem est ignorantia facti ejus, qui existimat patremfam. illum, qui in omnibus se gerit pro patrefam. et qui communiter ejusmodi existimatur. In causa, de qua agimus, nec justa est ignorantia, nec denegatur actionis restitutio propter odium creditoris, sed quia sibi imputare debet, qui pupillum expromissorem accepit, et non adhibuit tutoris auctoritatem, cum eam posset exigere.

Venio ad secundum argumentum, et dico, dissimilem esse causam minorum, et pupillorum. Probavimus modo, quod minor, qui impetravit restitutionem, aut curatorem non habebat, aut contraxit cum auctoritate curatoris. Qui curatorem non habet, non est similis pupillo, quia civiliter obligatur *l.* 3. *in fin. C. de in*
22 *int. rest.* Qui curatorem habet, et cum ejus auctoritate contrahit, non est similis pupillo contrahenti sine tutoris auctoritate: ille enim obligatur, hic autem non obligatur. In illis legibus agitur de minore, qui impetraverat restitutionem in integrum: igitur aut agitur de minore curatorem non habente, aut de minore contrahente cum auctoritate curatoris: neuter autem similis est pupillo. Non potest igitur duci argumentum ab eo minore ad pupillum. Ratio autem, cur expromittente minore, et in integrum restituto, restituatur etiam actio creditori adversus veterem debitorem, in promptu est. Restitutio in integrum est amissae causae redintegratio *l.* 2. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Hoc est, impetrata restitutione restituuntur omnia in eum statum, in quo erant, antequam minor obligaretur, dum ne quid damni minor patiatur *l. quod si minor §. restitutio ff. de minor. l. un. C. de reputat. l.* 1. *et* 2. *C. si advers. transact. l.* 1. *§. plane ff. de collat.* Quare restituenda est etiam actio creditori, cum haberet illam antequam minor expromitteret.

Nec obstat, quod restitutio detur etiam adversus naturalem obligationem *l.* 2. *C. si advers. solut. l. illud ff. de minor.* Sed pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter obligatur, ut supra probavimus: ergo indiget restitutione, ac propterea 23
etiam expromittente pupillo restitui debet actio.

Respond. In illis legibus dari restitutionem adversus solutionem, non adversus naturalem obligationem. Nec pupillus sine tutoris auctoritate contrahens petere potest restitutionem *l. in causae* 16. *in princ. ff. de minor.* quia eam pete- 24
re non potest, qui ipso Jure munitus est, ut ostendimus: pupillus autem contrahens sine tutoris auctoritate ipso Jure munitus est, cum non possit facere conditionem suam deteriorem *princ. tit. Inst. de auctor. tut.* et ideo in nostro §. *praeterea Inst. tit. quib. mod. toll. oblig.* dicitur nulla obligatio pupilli: et in *l. pupillus ff. de oblig. et action. et in l. quod pupillus ff. de cond. ind.* dicitur, pupillum nec naturaliter obligari: quia in his, quae afficiunt personam pupilli, nulla est, et sine effectu naturalis obligatio, ne conditionem suam sine tutoris auctoritate faciat deteriorem.

Ad tertium eadem est responsio: nam et ibi agitur de minore in integrum restituto.

Ad quartum respondeo, dari actionem restitutoriam, ne propter dolum alienum

reus lucrum faciat, et actor damno afficiatur *d. l.* 3. §. *plane ff. de eo per quem fact. erit.* Non potest adscribi culpae, aut negligentiae creditoris, quod debitor sit liberatus, cum eum vocaverit
25 in judicium antequam liberaretur. Igitur liberatus est alieno facto, quod creditori nocere non debet *l.* 1. *ff. de alien. mut. jud. caus. fact. l. factum ff.* de *Reg. Jur.* praesertim cum possit subesse dolus ipsius debitoris, et oum pacto rem egisse. In casu nostro liberatus est debitor facto ipsius creditoris, qui accepit expromissorem pupillum.

Ad quintum respond. ibi quoque agi de restitutione in integrum, non quidem de ea, quae minoribus datur; sed de ea, quae datur majoribus *l.* 1. §. *verba. et ll. seqq. ff. ex quib. caus. major.* Et iniquum esset restitui servum domino, et non restitui actionem creditori, eumque rem amittere sine sua culpa, sine suo facto.

26 Ad sextum facilis est responsio. Beneficium divisionis fidejussoribus non datur, si alii solvendo non sint. *l. inter* 26. *ff. de fidejussor.* Ibi divisio facta erat, quia non constabat, an alter fidejussor solvendo futurus esset: sed quia adveniente tempore solutionis constat, eum solvendo non esse, idcirco recedendum est a divisione facta, et alter non potest gaudere hoc beneficio cum damno creditoris. Nihil simile in casu nostro.

Ad ultimum respondetur, quod minori restituitur actio adversus veterem debitorem liberatum, quia a Praetore semper in integrum restituitur, quoties sua facilitate laesus est *l.* 1. *et toto tit. ff. de minor.* Itaque et pupillo restitueretur, si cum auctoritate tutoris expromissorem inopem acceperit.

Non me poenitet haec uberius explicasse, quibus tota ratio restituendae actionis est patefacta. Illud moneo, quod si pupillus expromittat cum auctoritate tutoris, et restituatur in integrum, restituenda quoque erit actio creditori adversus veterem debitorem, sicut restituitur expromittente minore. Vide text. in *l. sed revocata* 20. *cum duab. antec. ff. de jur. fisc.*

CAPUT XVI.

AD L. 1. ff. DE CONDIT.

et demonst.

SUMMARIUM.

I. Dies certus petitionem, non obligationem differt.
II. Legatum in diem aliquando purum, aliquando praesens dicitur.
III. Dies incertus duplex: et quando faciat conditionem?
IV. Momentum, quo morimur, vitae tribuitur, non morti.
V. Differentia inter contractus, et legata, quoad diem incertum: ejusque ratio.
VI. Dies omnino incertus conditionem facit tam in contractibus, quam in testamentis.
VII. Certa aetas gravati non facit conditionem favore libertatis, et alimentorum.
VIII. Nec aetas extranei: idem in usufructu.
IX. Dies adjectus ad accelerandam solutionem non facit conditionem.
X. Item exonerandi heredis causa.
XI. Item dies adjectus solutioni.
XII. Item adjectus favore legatarii.
XIII. Quando praesumatur adjectus favore legatarii.
XIV. Exponitur *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus ff. de legat.* 2.
XV. Effectus diei incerti legato adjecti.
XVI. Exponitur *l. post mortem C. de fideic. et l. patroni ff. quae in fraud. cred.*
XVII. Quis sit dies certus, et qui ejus effectus?
XVIII. Si dies sit adjectus gratia creditoris, ante diem solvi non potest.
XIX. Contra, si adjectus sit gratia debitoris.
XX. Legatum in diem nec agnosci, nec repudiari potest ante diem: sed vide in seqq.
XXI. Discrimen hac in re inter hereditatem, et legatum.
XXII. Legatarius non acquirit eodem tempore obligationem, et dominium.
XXIII. Legatum in diem nec repudiari, nec acquiri potest ante diem: et quare?
XXIV. Ante diem legatum agnosci potest, ita ut incipiat deberi.
XXV. Ratio affertur, cur ante diem nascatur obligatio, non transeat dominium: et quid differat legatum ab hereditate.
XXVI. Legatarius quomodo possit rejicere solutionem ante diem.

Dies aut certus est, aut incertus. Dies certus, etsi differat petitionem et exactionem, non tamen differt, aut suspendit 1

obligationem §. *omnis Inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S. l. in diem* 10. *ff. de cond. indeb. l.* 5. §. 1. *et l. si dies* 21. *ff. quando dies leg. ced. l. un.* §. 1. *C.*
2 *de caduc. toll.* Quo fit, ut legatum in diem dicatur aliquando purum, ut in *l. heres meus* 79. *in princ. ff. de cond. et demonst.* et praesens legatum in *l.* 1. *in princ. ff. eod. tit.* quam suscepimus explicandam. Dies autem incertus non solum differt solutionem, sed etiam suspendit obligationem, quia dies incertus conditionem facit *l. dies incertus ff. de cond. et dem.*

Hujus diei duo sunt genera. Etenim aut incertum est, an dies ille sit umquam extiturus, ut dies certae aetatis, dies nuptiarum, dies consulatus. Incer-
3 tum enim omnino est, an ille sit ad eam aetatem perventurus, sit contracturus nuptias, sit futurus Consul. Aut certum est, eum diem extiturum, sed incertum est quando sit extiturus; cujusmodi est dies mortis. Hic secundus dies in contractibus conditionem non facit *l. sub conditione* 16. *cum ll. seqq. ff. de condict. indeb. juncta l. in diem* 10. *ff. eod.* In legatis vero interdum conditionem facit, interdum non facit. Si certo sit extiturus vivo legatario, non facit conditionem. Itaque dies mortis ipsius legatarii conditionem non facit *l. heres meus* 79. *in princ. ff. de cond. et dem. l.* 4. *in*
4 *fin. ff. qu. di. leg. ced.* quia non potest existere post mortem legatarii: vivi enim moriuntur, non mortui, et momentum, quo morimur, vitae tribuitur non morti *l. qui duos* §. 1. *ff. de manum. testam. l. si a pluribus* 107. §. 1. *ff. de legat.* 1. quamquam Plato nec vitae, nec morti tribuendum esse censeat. Si vero dies adjectus possit existere post mortem legatarii, conditionale legatum est, ut si legato sit adscripta mors heredis: nostra *l.* 1. §. *dies autem ff. de condit. et dem. l. heres meus* 79. §. 1. *ff. eod. tit. l. hujusmodi* 13. *ff. quan. dies leg. ced.* *l. si cum heres* 4. *ff. eod.* Ratio est, quia in contractibus nihil refert, quando con- 5
ditio existat, ante, vel post mortem creditoris; quia creditor decedens transmittit spem ad heredes §. *sub conditione Inst. tit. de V. O.* Transmittit autem spem, quia qui contrahit, tum sibi, tum heredibus suis consulere voluisse videtur *l. si pactum* 9. *ff. de probat.* Et ideo in contractibus initium spectamus *l. non omne* §. 1. *ff. de Reg. Jur. l. si filiusfam.* 78. *ff. de V. O.* et ex praesenti vires capiunt *l. ususfructus* 26. *ff. de stip. serv.* In legatis multo aliter se res habet. Testator, qui legat, vult honorare ipsum legatarium, non ejus heredes, ipsique aliquod ob meritum relinquere *l. nec adjecit* 9. *ff. pro soc.* non heredibus legatarii, qui de testatore bene meriti non sunt, quemadmodum legatarius: Itaque si legatarius moriatur ante eventum conditionis, legatum prorsus extinguitur, nam ad heredes legatarii non potest transmitti, neque ex voluntate testatoris, qui eos noluit honorare, neque ex persona legatarii, quia ipse mortuus est, antequam cederet dies legati; antequam aut legatum ipsum, aut obligationem acquireret. *l.* 5. §. *sed si sub conditione ff. quan. dies. leg. ced. l. intercidit ff. de cond. et dem.* Igitur cum dies hic, de quo agimus, possit existere post mortem legatarii, suspendit legatum in incertum eventum, ac proinde legatum est conditionale, quia hoc proprium est conditionis, ut in casum differat obligationem §. *omnis Instit. tit. de V. O.*

Veniamus ad alium diem incertum. Si sit incertum, an dies adscriptus sit umquam extiturus, semper facit conditionem, tam in contractibus *l. quodcumque* 45. §. *non solum ff. de V. O.* quam in testamentis *l. si Titio* 22. *in princ. ff. qu. di. leg. ced. l. si ita sit scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. cum vir, et l. Publius ff. de cond. et demonst.*

Aliquando tamen hic dies conditionem non facit, vel ob privilegium, vel quia

alia de causa dies hic fuit adjectus, non ad suspendendam obligationem. Ob privilegium libertatis, et alimentorum conditionem non facit certa aetas ejus, qui gravatus est praestare vel libertatem, vel alimenta. Debentur enim, etiamsi ille
7 ad eam aetatem non perveniat. De libertate traditum est id in *l. fideicommissaria* 23. § *etiam ff. de fideic. libert. l. Thais* 41. § *libertatem ff. eod. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. tit.* De alimentis idem conjicere possumus ex *l. libertis* §. *ab heredibus ff. de alim. leg.* quam legem uberius alias explicabimus, et ex *l. Cajo* §. 1. *ff. eod. et ex l.* 1. *C. de legat.*

Praeterea in his legatis nec aetas qui-
8 dem alicujus extranei conditionem facit *l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam. l. si servus* 19. *ff. de statu lib.* Imo etiam cum agitur de usufructu, ut est constitutum in *l. ambiguitatem C. de usufr.*

Quando vero dies incertus alia quacumque de causa adjicitur, non eo animo ut suspendat obligationem, numquam facit conditionem: quia in conditionibus voluntas dominatur *l. in conditionibus ff. de cond. et dem.* Adjicitur aliquando dies
9 ad accelerandam solutionem, et tunc pure contrahitur obligatio, non sub conditione, vel in diem: ut si quis stipuletur: *decem, cum petiero, dabis l. si decem* 48. *ff. de V. O. l. Titia* 85. *de cond. et dem.*

10 Aliquando dies incertus adjicitur heredis exonerandi causa, non suspendendae obligationis, et ideo non facit conditionem. In legatis annuis primum solummodo parum est: legata sequentium annorum tacite continent illam conditionem: *Si initio ejus anni vivet legatarius*: itaque si non vivat, legatum amplius non debetur *l. si in singulos* 4. *et l. Gajus, in fin. ff. de ann. legat. l. nec semel in princ. et in* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Verumtamen si testator heredis exonerandi causa, ne statim urgeatur ad solutionem totius summae, eam diviserit in plures pensiones annuas, nulla inest conditio, et omnium annorum unum est legatum, cujus statim dies cedit. *l. nec semel* §. *sed etsi. l. si cum praefinitione. vers. si vero ff. quando di. leg. ced.*

Item dies incertus aliquando non legato, non obligationi ejus adjicitur, sed solutioni: itaque non suspendit obligationem, cui non fuit adjectus: sed solum differt solutionem: quia testator noluit legatum sub conditione relinquere, sed in illud tempus differre solutionem. Exem- 11
pla nobis suppeditant *l. ex his C. quando dies. leg. ced. l. Sejus Saturninus. l. a filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* nisi tempus sit adjectum per verba conditionis, ut in *l. quibus diebus* §. *quidam Titio ff. de cond. et demon.*

Denique si testator diem incertum adjecerit favore ipsius legatarii, non facit conditionem: quia diem illum adjicit, ut provideat legatario, non ut ipsum privet legato tempore illo non adveniente. Exempla habemus in *l. Firmio* §. 1. *ff. quan. di. leg. ced.* in *l. a filia* §. *alumno* 12
ff. ad S. C. Trebell. in *l. cum pater* 77. §. *curatoris ff. de leg.* 2. in *l. liberto* 21. §. 2. *ff. de ann. legat.*

Hanc autem voluntatem testatoris diem adjicientis favore legatarii multis conjecturis assequi possumus. Prima est, si testator declaret, se velle consulere infirmitati legatarii, ne pecuniam dissipet, 13
atque disperdat, ut in *l. liberto* §. *filium ff. de ann. legat.* Altera, si declaret, se nolle committere rei legatae administrationem tutoribus legatarii, ut in *l.* 3. §. *cum Pollidius ff. de usur.* Tertia, si velit solvi legatario fructus, et usuras medii temporis, ut in *l. a filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* et in *l. Firmio* §. 1. *ff. quando di. leg. ced.* Nam fructus eo casu debentur, quo dies gratia creditoris adjicitur. *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus ff. de legat.* 2. Minor autem, seu pupillaris aetas non est idonea conjectura, nisi simul con-

currant ea omnia, quae proponuntur in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* videlicet, et quod agatur de filio, et quod agatur de restituenda paterna hereditate, quae filio ipsi debita erat, et relicta cuidam amico, ut eam custodiret, donec filius judicii maturitatem assequeretur. His non concurrentibus dies facit conditionem: nam etiam legatum filio impuberi relictum, cum ad pubertatem
14 pervenerit, conditionale est *l. si cui legetur* 49. §. 1. *cum duob. seqq. ff. de legat* 1. Quamobrem quod traditur in *l. si ita relictum* §. *Pegasus ff. de legat.* 2. id ita esse intelligendum est, si aliunde constet, tempus pubertatis adjectum fuisse gratia impuberis legatarii, ut supponitur initio ejus paragraphi. His expositis constat, quis sit dies incertus, et quando conditionem faciat. Si fuerit adscriptus ejusmodi dies incertus, qui conditionem faciat, id quod debetur, non recte solvitur antequam dies veniat, et si per errorem solutum fuerit repeti po-
15 test, antequam dies veniat, veniente die non repetitur *l. sub conditione* 16. *ff. de cond. ind.* Imo si legatarius fundum legatum forte fortuna possideat, potest ab herede vindicari simul cum fructu *l. omnia* 32. §. *fundum ff. de legat.* 2. Quare neque hoc legatum delegari potest, cum nihil hactenus debeatur *l. legata* 41. *ff. de cond. et dem.* nec potest eligi res legata *l. cum illud* 25. *ff. quan. di. leg. ced.* Et si rogatus sit aliquis, ut restituat hereditatem cui voluerit ex liberis suis, cum morietur, non potest in vita restituere *l. cum pater* 77. §. *a filia ff. de leg.* 2. quia adhuc non habet electionem ne forte restituat ei, qui ante ipsum sit moriturus.

Fideicommissum tamen et ante mortem restituere potest is, qui post mortem suam rogatus est restituere, *l. post mortem* 12. *C. de fideic.* quia videtur donare id, quod pluris est in praematura restitutione, et veniente morte cedit in solutum *l. sub conditione* 16. *ff. de solut.* Quod si praematura solutione alteri iniqua conditio inferatur, non recte restituetur. Neque contrarium est quod traditur in *l. patrem* 19. *ff. quae in fraud. cred.* ubi non fraudat creditores, qui restituit ante mortem id, quod post mortem restituere rogatus erat. Etenim ibi 16
pater non restituit hereditatem filio ante conditionis eventum, licet in vita restituat. Rogatus erat restituere filio post mortem suam; vel, cum filius morte patris fuisset effectus sui juris. Haec conditio non solum existit per mortem patris, sed etiam per emancipationem, quia ea mens est testatoris, ut filius sibi acquirat hereditatem, quod consequitur, quomodocumque sui juris effectus fuerit *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C. Trebell. l. si ita* 15. *ff. quan. di leg. ced.* itaque cum pater restituerit filio emancipato, recte restituit, et non fraudat creditores, quia restituit post eventum conditionis.

Hactenus de die incerto. Ex his intelligi volumus quis sit dies certus. Etenim diem certum dicimus non solum eum, qui certo est exstiturus, sed omnem, qui conditionem non facit, quia cum non suspendat obligationem, nec eam in incertum differat, certus merito 17
potest appellari. Differt hic dies solutionem, et exactionem: obligatio autem statim nascitur: statim tenetur debitor, sed conficiendae pecuniae tempus ei conceditur §. *omnis Inst. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. eod. tit. l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. cedere diem ff. de V. S. l.* 5. §. 1. *et l. si dies* 21. *in princ. ff. quando dies leg. vel fideic. ced.* Verumtamen quia ante diem exigi pecunia non potest, et quoad exactionem sine effectu est, et inutilis obligatio; idcirco in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. et dem.* ait *J. C. quia certum est ea debitum iri.* Nam quantum attinet ad exigendi facultatem, adhuc non debentur, nec videtur coepisse obligatio *l. obligationum* 44. §. 1. *ff. de oblig. et act.*

l. eum qui §. 1. *ff. de V. O. l. si in annos* 49. *ff. de cond. et dem. l. si ita sit scriptum* 45. §. 1. *in fin. ff. de leg.* 2. quia vere debitor is est, a quo invito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *ff. de V. S.* Coeterum cum de aliis effectibus obligationis quaeritur, non dubitatur eum, qui in diem debet, vere debitorem esse. Itaque si solverit ante diem repetere non potest *l. in diem* 10. *ff. de cond. ind. l. nam si* 17. *ff. eod.*

An autem debitor invito creditori possit ante diem solvere id, quod in diem debet, inter doctissimos homines est magna dissensio. Adjicitur dies, aut debitoris, aut creditoris causa. Plerumque debitoris causa adjicitur *l. cum tempus ff.*
18 *de Reg. Jur. l. eum qui calendis ff. de verb. obl.* Aliquando tamen adjicitur etiam creditoris causa *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus ff. de legat.* 2. Quibus conjecturis id consequamur supra diximus, et mille alias ad earum similitudinem fingere possumus: veluti si quis cum certo tempore indigeret aliqua quacumque re, quae facile corrumpitur, aut non facile custoditur, stipulatus sit, eam sibi dari eo tempore, quo ipsa uti debet. Si dies sit adjectus creditoris causa, constat invito creditori ante diem solvi non posse *l. Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat.*

19 Si vero dies sit adjectus causa debitoris, etiam invito creditori potest ante diem solvi ut traditur in *d. l. Jabolenus* 15. *ff. de ann. leg.* in *l. stipulatio ista* 38. §. *inter* 16. *ff. de verb. oblig.* in *l. continuus* §. 2. *vers. nam et quod in ff. eod. l. quod certa* 70. *ff. de solut.* in *l. quod quis* 50. *ff. de oblig. et act.* Quamquam et hoc a multis magni nominis Viris negatur, et cum Carthaginenses stipendium, quod pluribus pensionibus in multos annos debebant, se praesens omne daturos pollicerentur: a Romanis responsum est, nullam pecuniam se ante diem accepturos. Nimirum illi cum Carthaginensibus, tamquam victores cum victis agebant, et magnifice oblatum beneficium repudiarunt. Existimo enim, verissimum esse, quod toties a nostris traditum est, totum medium tempus ad solvendum relinqui liberum promissori. Confirmat hoc etiam Pomponius in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus.* Verba legis haec sunt: *Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt; quia certum est ea debitum iri.*

Non libet hoc loco controversiam omnem exponere, cum id ab aliis, et docte, et accurate factum sit. Solum explicabo legem quamdam, quae et huic sententiae, et nostrae legi videtur esse contraria, et ab aliis in hac controversia non perpenditur. In nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. et dem.* ait Pomponius *legatum cui dies certus adscriptus est, ante diem solvi posse.* Falsum 20
hoc videri potest, quia legatum in diem non potest ante diem repudiari *l. si ita sit scriptum* 45. §. *si sub conditione ff. de legat.* 2. sed quod repudiari non potest, agnosci non potest *l. is potest* 18. *ff. de acquir. vel om. hered. l. is qui heres* 13. *et l. nolle ff. eod. l. ejus est nolle ff. de Reg. Jur.* Legatum igitur in diem relictum ante diem agnosci non potest: ergo nec ante diem solvi potest, quia hactenus incertum est, an legatarius sit repudiaturus legatum. Primum igitur falsum est quod ait Pomponius, certum esse ea debitum iri, quia cum ante diem neque agnoverit, neque repudiaverit legatum, incertum est an legatum debeatur, vel futurum sit, ut ei debeatur. Praeterea falsum est legatum solvi posse; quia sicut solvi non potest legatum conditionale propter incertum conditionis, ita solvi non poterit hoc legatum propter incertum repudiationis, qua tamquam conditione legatum suspenditur. *l. si tibi homo* 86. §. *cum servus ff. de legat.* 1. *l. Cornelius* 69. *ff. de hered. inst.*

Primum omnium animadvertendum est, non eamdem esse rationem hereditatis, et

legati. Legatum in diem certum relinqui potest: heres ex die certo non potest institui *l. hereditas ff. de hered. inst. §. heres Inst. eod.* cum igitur hereditas solum sub conditione relinqui possit, verissimum est, quod hereditas: quae repudiari non potest; adiri et acquiri non potest: quod obtinet etiam in legato con-
21 ditionali, nam et hoc ante conditionis eventum nec repudiari, nec agnosci, nec solvi potest. At in legatis, quibus adscriptus est dies certus, non usquequaque verum est quod agnosci non possint: licet verum sit, ea repudiari non posse *d. l. si ita sit scriptum* 45. *§. si sub conditione ff. de leg.* 2. ut mox explicabimus.

Praeterea in hereditate non differt dominium ab obligatione. Hereditatis nemo debitor est, cum eam heres accipiat a defuncto. Itaque adeundo hereditatem statim dominium rerum hereditariarum acquirimus *l. heres* 37. *ff. de acquir. vel om. hered.* Non ita se res habet in legatis. In his distincta sunt dominium, et obligatio. Legatarius duo acquirit; obligationem legati, qua ipsi heres obstrin-
22 gitur; et dominium rei legatae. Neque haec duo acquirit eodem tempore. Obligatio acquiritur legatario, cum testator moritur, statim enim dies legati cedit *l. si post diem* 5. *§.* 1. *ff. quando di. leg. ced. l. un. §.* 1. *C. de cad. toll.* Dominium vero rei legatae transit ad legatarium a die aditae hereditatis *l. servum* 44. *§.* 11. *servo legato* 69. *l. si tibi homo* 86. *§. cum servus ff. de legat.* 1. *l. legatum* 80. *ff. de legat.* 2. *l. a Titio ff. de furt.*

Veniamus ad rem nostram. Legatum ante diem repudiari non potest *d. l. si ita sit scriptum* 45. *§. si sub conditione ff. de leg.* 2. Potest tamen ante diem agnosci, non quidem ita ut acquiramus dominium rei legatae; sed ita ut legatum nobis debeatur, ut dies ejus cedat.
23 In legatis in diem legatarius ante diem non acquirit dominium rei legatae *l. Sempronius Attalus ff. de usufr. legat.* Itaque non potest repudiare legatum, quia legatum ad ipsum adhuc non pertinet, ut ait *J. C. in d. l. si ita sit scriptum*, hoc est, quia ad ipsum non pertinet dominium rei legatae: repudiando autem id agimus, ut a nobis dominium abjiciamus, imo ut res legata numquam in dominio nostro fuerit, sed semper in dominio heredis *l. servum* 44. *§.* 1. *ff. de leg.* 1. *l. si tibi homo §. cum servus ff. de legat.* 1. Animadvertendum est verbum, *ad nos non pertinet.* per textum in *l. si dies* 21. *ff. qu. di. leg. ced. in l. verbum illud* 181. *ff. de V. S.* ad quem dominium rei non pertinet. Frustra enim conatur abjicere id, quod non habet. Eadem de causa non possumus agnoscere legatum, ita ut dominium ejus acquiramus, quia hoc acquiri non potest antequam veniat dies adscriptus *d. l. Sempronius Attalus ff. de usufr. leg.* Quare animadvertendum est quod in *l. is potest ff. de acquir. hered.* ait J. C. *Is potest repudiare, qui et potest acquirere.* Non ait, *qui potest agnoscere*, sed *qui potest acquirere.* hoc verissimum est, ac propterea legatum in diem nec potest repudiari, nec potest acquiri ante diem.

Potest tamen legatum agnosci, ita ut legatum debeatur, et cedat legati dies, Etenim hujus legati dies cedit a morte testatoris *l. unic. §.* 1. *C. de caduc. toll.* 24
l. 5. *§.* 1. *ff. quan. di. leg. ced.* Et hoc est, quod ait Pomponius in nostra *l.* 1. *§. cum dies certus ff. de cond. et dem.* quod legata in diem solvi possunt ante diem, *quia certum est ea debitum iri:* hoc est, certum est venturum diem, quo debeantur cum effectu; quo exigi possint. Ex quibus constat, in hac lege supponi legatarium agnovisse legatum, et veniente die non repudiaturum legatum. Nam si dubitaretur adhuc an legatum repudiaturus, sit, non esset certum id ipsum debitum iri.

Ratio autem cur ante diem possit agnosci legatum ita ut debeatur, non vero

acquiri, in promptu est. Potest legatum deberi, etiamsi peti non possit: hoc enim commune est omnibus obligationibus in diem, ut ante diem peti nihil possit, licet statim nata sit obligatio *l. cedere diem ff. de V. S.* §. *omnis Inst. tit. de*
25 *verb. obl.* Quare licet legatarius agnoverit legatum, et legatum debeatur, non tamen ipsum petere potest ante diem. *l. non tamen* 9. *ff. ut legat. nom. cav.* Non potest autem legatum acquiri ante diem, quia si ante diem dominium rei legatae transiret in legatarium, posset legatarius rem suam ab herede vindicare *l. in rem in princ. ff. de rei vind.* §. 1. *Inst. tit. de act.* atqua ita legatum ante diem consequi, quod est contra mentem testatoris. Igitur non recte deducitur argumentum ab hereditate ad legatum. Hereditas, quae repudiari non potest, non potest adiri, quia adeundo ipsam acquirimus, et simul dominium rerum hereditariarum §. *ult. Inst. tit. de hered. qual. et diff.* Legatum, quod non potest repudiari, potest agnosci; quia agnoscendo acquirimus obligationem a die mortis, non autem dominium, ad quod adipiscendum dies expectatur, ut accidit in *l. dotis* §. *ult.* et in *l. si ego* §. *si res ff. de jure dot.* in quibus licet traditio secuta sit ex causa dominii transferendi, dominium tamen ex voluntate tradentis non transfertur ante contractas nuptias.

His explicatis, ad propositum argumentum facilis est et expedita responsio. Si legatarius nolit accipere ante diem id, quod ipsi legatum fuit, quia alleget, se veniante die repudiaturum legatum, quod
26 respondere potest argum. text. in *l.* 1, *ff. de curat. bon. dand. l. in plurium* 70, §. 1. *ff. de acquir. vel omit. hered.* recte recusat id accipere; quia nec ipsius est legatum, nec umquam ejus futurum est, nec umquam fuit *l. servum* 44. §. 1. *ff. de leg.* 1. cum aliis supra allegatis. Et neque ipsi legatum debetur, neque debebitur, nec cessit, nec cedet legati dies: itaque frustra ei solvitur, quod non debetur. At vero si tergiversetur, ac recuset accipere legatum, quia nondum venit dies rei solvendae, dies legato adscriptus, frustra recusat, ac sine ulla causa; quia quamvis dies nondum venerit, solvi tamen potest, cum certum sit debitum iri, ut ait Pomponius in nostra *l.* 1. §. *cum dies certus ff. de cond. et dem.*

CAPUT XVII.

AD L. LIBERTIS

18. §. *ab heredibus ff. de alim. legat.*

SUMMARIUM.

I. Conditio pro impleta habetur, si steterit per eum in cujus persona debebat impleri.
II. Certa aetas legatum reddit conditionale.
III. Militia non potest videri legata pro alimentis, quando legata sunt etiam alimenta.
IV. An certa aetas faciat conditionem in legato, cui onus adjunctum est.
V. Exponitur *l. Thais* §. *libertatem ff. de fideic. libert.* et n. 6.
VI. Rationes reddere tenentur omnes administratores.
VII. Redditio rationum continet reliquorum solutionem.
VIII. Patroni solebant libertis legare alimenta, quae vivis praestabant.
IX. Militia loco alimentorum legata praesumitur.
X. Militia quid, et quotuplex?
XI. Militia Palatina, et domestica quae?
XII. Militia Sacrorum Scriniorum quae, et quotuplex?
XIII. Papinianus, et Ulpianus Magistri Scriniorum.
XIV. Militia Praetoria quae, et quotuplex?
XV. Apparitores, Scribae, qui, et quae eorum militia.
XVI. De pecunia, quae pro militiae introitu solvebatur.
XVII. Quae dicerentur commoda militiae.
XVIII. Sportulae datae ab iis, qui magistratus suscipiebant; et quid differrent a pecunia pro introitu militiae.
XIX. Militiae quae erant in commercio.
XX. Eae transmittebantur ad heredes.
XXI. Militiae ex casu quae, et quid esset casus, et num. 23.
XXII. Ad quos pertineret pecunia militiae ex casu.
XXIII. Quanta esset.
XXIV. Cur legata militia, videatur legata aestimatio.
XXV. Militum salarium quod?
XXVIII. Annona praestari solita Magistralibus, et eorum militibus; et quid sint annonae.

Promissum impleamus, et fidem capitis antecedentis exsolvamus. In *l. liber-*

tis §. ab heredibus ff. de alim. vel cib. legat. proponitur haec species. Titius rogavit heredes suos, ut Stichum manumitterent, eique manumisso alimenta praestari voluit a Sejo, si cum eodem Sejo moraretur; et deinde adjecit haec verba: *A te autem, Sei, peto, ut cum ad vicesimum quintum annum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non reliquerit.* Sejus mortuus est ante annum vicesimum quintum: quaesitum est an liberto militia comparanda sit, et quando sit comparanda? Respondit Scaevola, militiam comparandam esse eo tempore, quo Sejus pervenisset ad annum vicesimum quintum, si vixisset.

Huic legato militiae videntur adjectae duae conditiones. Altera est, si libertus Sejum non reliquerit. Haec conditio impleta est, quia libertus Sejum non reliquit, et licet cum eo moratus non sit usque ad annum vicesimum quintum;
1 tamen cum per Sejum steterit, quominus cum eo moraretur, conditio pro impleta habetur *l. in jure* 161. *ff. de Reg. Jur. l. jure* 24. *ff. de cond. et dem. l. heres* 66. *in fin. l. Julianus* 45. *ff. eod.* Altera conditio est: cum Sejus ad vice-
2 simum quintum annum pervenerit. Haec vera conditio est; nam certa aetas ejus, qui legatum debet, adscripta legato conditionem facit, *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. testam. l. si servus liber* 19. *ff. de statu lib. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideicomm. libert.* Itaque cum Sejus non pervenerit ad annum vicesimum quintum, conditio defecit, et legatum militiae non debetur *d. l. si ita scriptum*, cum duabus aliis modo adductis. Et tamen Scaevola respondit, militiam esse comparandam, cum cessisset id tempus: quasi legatum militiae sit in diem, non sub conditione.

Neque videtur, admitti posse Scaevolae responsum propter favorem alimentorum. Nam licet non negemus, certam aetatem non facere conditionem favore alimentorum; tamen hic militia non erat legata pro alimentis, cum praeter militiam eidem legata essent alimenta *l. Firmio* §. 2. *ff. quando di. leg. ced.* Atque 3
haec alimenta liberto praestanda sunt, etiamsi Sejus mortuus sit *l. Gajo* §. *Imperator ff. de alim. vel cib. leg. L.* 1. *C. de leg.* Cum igitur liberto debeantur alimenta, non potest militia legata esse pro alimentis *d. l. Firmio* §. 2. *ff. qu. dies leg. ced.*

Doctissimi Interpretes Jason, et Duarenus putant, in hoc legato certam aetatem non facere conditionem, quia militia legata erat ad remunerandum libertum propter onus, quod eidem fuerat adjunctum, morandi cum Sejo usque ad certam illam aetatem. Statuunt igitur certam aetatem non facere conditionem 4
in legato, cui onus adjunctum est.

Vix potest defendi haec sententia: contrarium enim constitui videtur in *l. Thais* §. *libertatem ff. de fideic. libert.* Ibi testator Capitum servum suum manumitti voluit, cum Marcianus filius sexdecim annos implevisset, si rationes reddidisset. Huic legato libertatis adscripta est certa 5
aetas filii heredis, et est conjunctum onus reddendarum rationum: et tamen certa aetas conditionem facit, ut constat ex illis verbis legis: *nam alteram conditionem.* Et licet libertas debeatur, quamvis filius non pervenerit ad decimum sextum annum; tamen id receptum est favore libertatis; ibi, *humaniore interpretatione:* et si alterius generis legatum esset, non deberetur *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. test. l. si servus liber* 19. *ff. de statu lib. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam ff. de fideic. libert.*

Ad haec respondet Jason: huic legato nullum onus adjunctum fuisse, quia rationes reddere in onere numerari non potest, cum quilibet administrator rationes reddere teneatur. Sed hoc falsum videtur: nam licet reddere rationes non videatur onus; tamen quando testator voluit, servum manumitti post certum tem-

pus, redditis rationibus, maximum onus
6 servo injungit, nempe onus administrandi res heredis, et gerendi actum filii usque ad illud tempus, usque ad certam illam aetatem filii *l. Thais* 41. §. *ab heredibus ff. de fideic. libert.* Itaque cum in adducto §. *libertatem* testator voluerit, Cupitum servum esse liberum, postquam filius ad sexdecim annos pervenisset, rationibus redditis, voluit, eum gerere actum filii usque ad illam aetatem, et ad remunerandam ejus administrationem liberum esse voluit. Atque id executus est Cupitus in *d. l.* cum actum domini gesserit, quod onus utique gravissimum est, quia praeter laborem, et occupationem administrationis continet etiam periculum, cum in reddendis rationibus reliqua solvere debeat, et responder, si quid negligentia sua amissum
7 est *l. quamvis* 32. *l. si cui* 50. *l. Julius* 81. *l. cum servus* 82. *vers. quid ergo. l. qui sub conditione* 111. *ff. de condit. et demonstr. l. qui filium* 22. §. 1. *ff. de man. testam. l. Sticho* §. *servus ff. de statu lib.* et alibi passim in Jure nostro,

Verissimum puto, in ea lege certam aetatem non habere vim conditionis favore alimentorum. Jam satis constat id receptum favore libertatis, humanitate id suggerente *l. fideicommissaria* 10. *C. de fideic. lib. l. fideicommissaria* 23. §. *etiam l. Thais* §. *libertatem ff. eod. l. si servus liber ff. de statu lib. l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam.* In multis autem par est libertatis, et alimentorum favor. Quod ut intelligamus, observandum est, quod in ea lege relicta erant alimenta liberto, ut cum Sejo moraretur, donec Sejus ad vicesimum quintum annum pervenisset. Post hoc tempus rogatus est Sejus emere militiam liberto, haec militia subrogatur in locum alimentorum, ut habeat libertus unde se alat etiam eo tempore, quo cum Sejo
8 amplius non morabitur. Solebant patroni libertis suis alimenta legare *l.* 3. *l. ali*-*menta. l. alio. l. verba testamenti. l. Gajo in princ. l. a filio* §. *ult. l. libertis in princ. ff. de alim. vel cib. legat. l. Sempronio ff. de usufr. leg. l. ex parte* §. *servo ff. fam. ercisc. l. alimentorum* 11. *ff. de adsign. libert.* Et quia vivis alimenta praestabant, saepe solebant ea legare, quae vivis praestabant. *l. Sejo* §. *ult. ff. de ann. legat. l. Sempronio ff. de usufr. leg. l. alimenta* §. 1. *et ult. l. testamento l. Stichus l. Mela* §. *sed si. l. alio et l.* 4. *ff. de alim. et cib. leg.* Hic etiam patronus voluit, liberto suo alimenta praestari, sed cum minimo incommodo tum ipsius liberti, tum ipsius Seji, quem gravare voluit. Itaque cum nollet gravare libertum, ut semper cum Sejo moraretur, nolletque, Sejum perpetuo incommodo alimentorum afficere, rogavit Sejum, ut post expletam minorem aetatem liberto militiam emeret, ex qua posset libertus se alere, et eodem tempore liberaretur Sejus ab onere alendi libertum, et libertus ab onere morandi cum Sejo. Militia diurnum, aut menstruum, aut annuum erat salarium, et emolumentum, ac redditus. Itaque militia videtur relicta pro alimentis, sicut legata annua pro alimentis relicta praesumuntur, ut constat ex nostra *l. libertis* §. *posthumis* 9
ff. de alim. leg. l. si cum praefinitione 20. *juncta l. cum in annos* 10. *et duabus sequentibus ff. quand. dies legat. ced.* praesertim in casu nostro, in quo militia subrogatur in locum alimentorum, et relinquitur eo tempore, quo amplius praestanda non sunt. Etenim testator voluit, liberto praestari alimenta, donec cum Sejo moraretur: voluit autem, cum Sejo morari, donec Sejus ad 25. annum perveniret.

Atque ut apertius hoc sit, breviter explicandum est quid esset militia, de qua toties in Jure nostro mentio. Militia 10
alia erat armata, alia inermis, seu urbana. Tacit. *Hist. lib.* 1. *Urbanae militiae impiger: bellorum insolens.* Cicer. *pro Muraen. Servius hic nobiscum hanc*

urbanam militiam respondendi, scribendi, cavendi, plenam sollicitudinis, ac stomachi secutus est. Haec urbana militia in plures partes dividebatur: comprehendebat enim officia omnia, ac munia, omnesque, qui aut Imperatori ministrabant, aut Magistratibus.

Imperatorum duplex erat militia, Palatina, et Sacrorum Scriniorum. De mi-
11 litia Palatina agitur in *tit. C. de palatin.* in *tit. C. Theodosian. et Justinian. de privileg. eor. qui in sacr. palat. milit.* in *tit. utriusque C. de Castrensian.* et aliis multis. Sidon. *lib. 1. epist. ad Eutrop. Scribendi causa vel sola, vel maxima, qua te scilicet a profundo domesticae quietis extractum ad capessenda militiae palatinae munia vocem.* D. Hieronym. *in epitaph. Nepotiani: Referret alius, quod in palatii militia sub chlamyde, et candenti lino corpus ejus cilicio tritum sit.* Haec appellatur militia domestica a Cassiodoro *lib. 11. form.* 6. et palatini appellantur milites sedis nostrae ab Imperatore apud Cassiod. *lib.* 12. *form.* 16. Comprehendebat haec militia omnes, qui aulica munia obibant, ut Comites palatinos, Comitatenses, Domesticos, Largitionales, Privatianos, Mittendarios, et coeteros omnes, qui in palatio munus aliquod, aut officium exercebant. Erant praeterea scholae palatinae, quarum decem numerantur in Notitia utriusque Imperii, undecim vero fuisse testatur Imperator Justinian. in *l. ult. C. de locat.* Sed hoc militiae genus ad armatam potius referendum est, quam ad urbanam, sicut refertur a Justiniano in *d. l. ult. C. de locat.* cum stiparent ac custodirent Principem, eique domi forisque securitatem praestarent, paucis tantum exceptis.

Militia sacrorum scriniorum multiplex erat: etenim in Notitia utriusque Imperii quatuor scrinia sacri palatii recensen-
12 tur: Scrinium memoriae, scrinium epistolarum, scrinium libellorum, scrinium dispositionum. Horum varia officia, ac nomina: Exceptores, Amanuenses, Librarii, Memoriales, Cornicularii, Laterculenses; et, qui dignitate praecellebant, Proximi scriniorum, Comes dispositionum, et Magistri scriniorum. De quibus agitur in *tit. C. de magistr. sacr. scrin.* et in *tit. de prox. sacr. scrin.* et passim in libro Codicis duodecimo. Ad hoc militiae genus pertinere potest etiam Quaestor sacri palatii. Horum militia appellatur litterata in *l.* 8. *C. de prox. sacr. scrin.* Symmach. *epist.* 124. *lib. 7. fungitur militia in scriniis litterarum.* Ad hos enim cura libellorum Principi oblatorum, epistolarum, constitutionum, decretorum, aliarumque hujus generis rerum attinebat. Scriniorum Magister fuit Papinianus noster. Aurel. Vict. *de Papiniano: Ferunt illo tempore Bassiani scrinia curavisse.* Existimo, eum fuisse Magistrum scrinii libellorum. Tryphoninus in *l. rescriptum* 12. *in princ. ff. de distr. pign. Rescriptum est ab Imperatore libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse.* Doctissimus Salmasius putat, eum 13
fuisse Magistrum omnium scriniorum; quia principes singulorum scriniorum vocabantur *Proximi* cujusque scrinii, nec a magistris ejus scrinii distinguebantur. Quae opinio non videtur vera, cum in nostro Codice separati sint tituli *de Magistris Sacrorum scriniorum, et de proximis scriniorum.* Sed ad hoc nostrum institutum non pertinet haec diligentius et perquisitius examinare. Ulpianum quoque nostrum Magistrum Scriniorum fuisse constat. De hoc Fest. Ruf. *hic Alexander Scriniorum Magistrum habuit Ulpianum*; idemque testatur Lampridius.

In Praetorio quoque sicut in Palatio, duplex erat militia: forensis, et Apparitorum. Forensi militiae adscribebantur Advocati. Cassiod. *lib.* 5. *form.* 4. *Advocati tibi militant eruditi.* Impp. Leo et Anthemius in *l. advocati* 14. *C. de advoc. div. judicior. Nec enim solos no-* 14
stro Imperio militare credimus illos,

qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, et posteros defendunt.

Apparitores quoque militare dicuntur *l.* 4. 5. *et* 9. *C. de divers. off. et apparit. et toto tit. C. Theod. de div. off. et apparit.* Ascon. *in* 3. *Verr. Accensus nomen est ordinis, et promotionis in militia.* Cassiod. *lib.* 6. *form.* 25. *Omnes Apparitores decet habere Judices suos, nam cui Praesul adimitur, et militia denegatur.* Et *lib.* 7. *form.*
15 28. *Si Praesulem ademeris, militem non relinquis: apparitio enim tollitur, quoties qui jubere poterat, abrogatur.* Ingens horum numerus: comprehendit enim omnes, qui Magistratibus ministrabant, Lictores, Accensos, Praecones, Interpretes, Scribas, et hujus generis coeteros. Cicer. in *Orat. pro Cluent. Quid sibi autem illi scribae, quid lictores, quid coeteri, quos apparere huic quaestioni video, volunt?* Liv. *lib.* 9. de Flavio scriba. *Invenio in quibusdam annalibus, cum appareret Ædilibus.* Corn. Nepos de Eumene, qui Philippi scriba fuerat: *Eumenes annorum quinque et quadraginta, cum ab anno vicesimo septem annos Philippo apparuisset.* et Fest. *lib.* 12. *Navalem scribam* definit eum esse, *qui in nave apparebat.* Igitur Apparitores dicebantur ii omnes, qui praesto erant ad obsequium Magistratus: ut ait Servius ad illud Virgilii 12. *Æneid. Suevique in limine regis apparent.* Magistri militum trecenti erant Apparitores, praeter supernumerarios. Comes Orientis sexcentos Apparitores habere poterat. *l. un. C. de apparit. Comit. Orient.* Proconsul, et Legatus quadringentos *l.* 2. *C. de apparit. Procons.*

Ex his, quae diximus, facile quilibet intelliget, quid essent hae militiae, et quam magnus earum numerus. Cogita enim omnes palatinos, omnes Magistratus urbanos, omnes dignitates, quosdam Magistratus municipales; et immensam propemodum summam eorum militum, quorum officio, et opera utebantur, colliges.

Qui has militias consequebantur, solebant certam pecuniae summam pro introitu dare. Scaevola in *l. his verbis pen.* §. *alumno ff. de legat.* 3. *Alumno praecepit militiam his verbis: Sempronio alumno meo illud et illud: et cum per aetatem licebit, militiam illam, cum introitu comparari volo. Quaesitum est, si Sempronius eam militiam sibi comparaverit, an pretium ejus, sed et id, quod pro introitu erogari solet, ex causa fideicommissi ab heredibus consequi possit.* Et in §. *ult. ejusd. legis* idem testator liberto militiam his verbis legavit: *Sejo liberto meo militiam do, lego illam, quam militiam, et testator habuit. Quaesitum est, an onera omnia, et introitus militiae ab herede sint danda: respondit danda.* Adjutores Quae- 16
storis solvebant pro introitu centum solidos *Auth. de adjut. Quaest.* 35. Qui in sacris scriniis militabant, solvebant pro introitu 250. solidos Proximo, et praeterea viginti, aut quindecim solidos Mello proximo, seu Adjutori, pro consuetudine uniuscujusque scrinii *l. unicuique* 7. *C. de prox. sacr. scrin.* Qui domesticorum Praesentalium militiae adscribebantur, duo millia solidorum Comiti Domesticorum pro introitu solvebant, ut conjectura assequi licet ex *l. restituendae* 6. §. *licentiam C. de advoc. divers. Judicum.* Qui in Scholam Protectorum Domesticorum recipiebantur, si propter labores et merita ad eam militiam fuissent evecti, denos quinos solidos sportularum nomine solvere debebant, qui Primatibus distribuebantur; si gratia, vel potentia, quinquagenos solidos *l. sicuti* 3. *C. Theod. de Domest. et protector.* Consules centum pondo auri *l.* 2. *C. de Consul.* Contra patronus fisci nihil pro introitu solvisse videtur *l. petitionem* 13. *vers. quando C. de advoc. divers. judicior.* Cum

autem haec pecuniae summa pertineret ad eos, qui erant ejusdem militiae, idcirco J. C. in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de leg.* 2. *ait*: *Lucius Titius in testamento suo Publio Maevio militiam suam reliquit, sive pecuniam ejus, quaecumque redigi ex venditione ejus potuerit, cum suis commodis.* Haec erant commoda militiae: nisi quis malit haec interpretari de salariis: quae milites a privatis consequebantur, de quibus in *l. creditor* 52. *§. inter ff. de act. empt.* cujusmodi erant sportulae, quas Apparitores a litigantibus consequebantur *l. omnes* 33. *§. executoribus C. de Episc. et Cleric. l.* 1. *et tot. tit. C. de sportul. §. tripli Instit. de action.* Ad baec eadem onera, summamque pecuniae, quae pro introitu solvebatur, alludere videntur Jurisconsulti in *l. quae utiliter in princ. ff. de negot. gest.* in *l.* 1. *§. sed an id* 16. *ff. de collat.* in *l. Publius Maevius* 36. *in princ. ff. de condit. et demonstr. l.* 6. *§.* 1. *ff. de decurion* in *l. si sponsus* 5. *§. si mulier* 17. *de don. int. vir. et uxor.* in *l. ult. ff. de petit. hered.* Qui enim aliquem Magistratum inibant, aut Sacerdotium suscipiebant, sportulas dare solebant. Plin. *ad Trajan. ep.* 113. 114. et *ep.* 117. *Qui virilem togam sumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt Magistratum, vel opus publicum dedicant, solent totam bulen, atque etiam e*
18 *Plebe non exiguum numerum vocare, binosque denarios, vel singulos dare.* Sidon. *epist.* 6. *lib.* 8. de Consule Asterio, consulatum suscipiente: *Itaque ut primum brevi peracta, nec brevis sportula, datique fasti etc.* Sed cum bae pecuniae spargerentur in vulgus a Consulibus, constitutum est, ut ab illis centum pondo auri praestarentur pro introitu ad instaurationem aquaeductuum *l.* 2. *C. de Consul.* Quod et alias factum est, ut hae pecuniae alicui operi publico destinarentur. Plin. *ad Trajan. epist.* 48. *lib.* 10. *Claudiopolitani quoque in depresso loco, imminente etiam monte, ingens balneum defodiunt magis, quam aedificant, et quidem ex ea pecunia, quam buleutae addunt beneficio tuo, aut jam obtulerunt ob introitum.* Illud animadversione dignum est, quod militia acquisita pecunia patris confertur a liberis *l. illud penult. C. de collat.* Nam et ea imputatur in legitimam, excepta militia Silentiariorum *l. omnimodo* 30. *§. ult. C. de inoff. testam.* At vero id, quod pater dedit nomine dignitatis, hoc est, ob introitum et impensas, quae fiunt in dignitate suscipienda, non confertur: hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportet *l.* 1. *§. sed an id.* 16. *ff. de collation.*

Ex his militiis multae erant in commercio: nam et vendi poterant, et pignori obligari, et legari, atque in heredes transmitti *l.* 5. *vers. manente C. qui milit. poss. l. omnimodo* 30. *§. ult. C. de inoff. testam. l. ult. C. de pignor. Auth. de exhib. vel introd. reis.* 53. *cap.* 5. *Auth. de aequalit. dot.* 97. *cap.*
4. Hinc toties in Jure nostro mentio mi- 19
litiae aut venditae, aut legatae *l. creditor* 52. *§. inter venditorem ff. de act. empt. l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo bove* 49. *§.* 1. *ff. de leg.* 2. *l. fideicommissa* 11. *§. si servo ff. de legat.* 3. *l.* 3. *§. si quid minori ff. de minor. et nostra l. libertis §. ab heredibus ff. de alim. vel cib. leg.* Ut puta, militia Adjutorum Quaestoris vendi poterat centum solidis, ita tamen ut is, qui militiam emebat, et subrogabatur in locum venditoris, electione Quaestoris fieret Adjutor *Auth. de adjutor. Quaestor.* 35. Militia quoque Silentiariorum sacri palatii vendebatur, ut constat ex *l. omnimodo in fin. C. de inoff. testam.* Procop. in *Histor. arcana*: *Sunt in Imperatoria domo dignioris plane ordinis milites alii, quibus quo majori pretio militiae nomina sibi comparant, eo major ab aerario publico solvitur pensio.* Cum autem venales essent hae militiae, quae dignissimae erant, dubitandum non est, mul-

to magis venales fuisse militias Apparitorum, Scribarum. Militiae etiam Ciceronis tempore vendi coeperant. Id ipse testatur in quinta in Verr. *Ad eos me scribas revoca, si placet: noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis, ac de scenicorum corollariis, cum decurium emerunt ex primo ordine explosorum in secundnm ordinem Civitatis se venisse dicunt.* Et paulo post: *Mirabimur, turpes aliquos esse in eo ordine, quo cuivis pretio licet pervenire?* Scribae autem erant digniores coeteris Apparitoribus. Igitur multo magis venales erant militiae aliorum Apparitorum. Quapropter in lege, quam explicamus, jubetur liberto comparari militia, nempe militia Accensorum, Praeconum, Viatorum, et aliorum Apparitorum, cui fere solebant adscribi liberti-ni. Tacit. de libertinorum ordine lib. 13. *Hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, et Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conscriptas, et plurimis Equitum, plerisque Senatoribus non aliunde originem trahi.* M. Tullius *ep. ad Q. Fratrem. Accensus sit eo etiam numero, quo eum Majores nostri esse voluerunt, qui hoc non in beneficii loco, sed in laboris, et muneris, non temere nisi libertis suis deferebant: quibus illi quidem non multo secus, ac servis suis imperabant.* Idem in *Orat. pro Cornel. Cajum Publicium Menandrum, libertinum hominem, apud majores Legatos in Graeciam proficiscentes interpretem secum habere voluissse.*

Reliqua jam prosequamur. Hae militiae in liberos, et heredes transferebantur. Neque enim assentior doctissimo Connano, qui pntat, plerasque militias ad heredes non potuisse transmitti, licet vendi possent, et obligari. Id enim, quod sciam, nusquam traditum est: imo sem-
20 per in Jure nostro conjunguntur venditio, et legatum, seu transmissio ad heredes *l. Lucius Titius* 22. *l. mortuo* 49. §. 1. *de legat.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de leg.* 3. *l. omnimodo* 30. §. *ult. C. de inoff. test. Novell.* 35. *de adjut. Quaest. Nov.* 53. *de exhibend. reis cap.* 5. *Nov.* 97. *de aequal. dot. cap.* 4. *l.* 7. *juncta l.* 11. *C. de prox. sacr. scrin.* Neque cuiquam scrupulum injiciat, quod bis haec duo disjnnguntur in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quae vendi, vel ad heredes sub certa definitione trasmitti potest:* et infra: *Militiam, quae vendi, vel ad heredes transmitti potest.* Disjunctio illa videtur significare, diversas fuisse militias, quae vendebantur, a militiis, quae ad heredes transmittebantur. Sed non ita est: id enim significatur illis verbis: *militiae, quae vendi possunt, vel si non sint venditae a vivo militante, ad heredes ejus trasmittuntur.* Ita explicat Justinianus in *l. omnimodo* §. *ult. C. de inoff. testam.* ibi: *Eo quod talis sit militia ut vendatur; vel mortuo militante certa pecunia ad ejus heredes perveniat.* Hac sola lege evinci potest, militias, qnae vendebantur, ad heredes transiisse. Praesertim qnia haec transmissio plerumque species quaedam erat venditionis, ut modo explicabimus.

Doctissimo Viro, ut arbitror, imposuit, quod putavit, militias ex casn ad heredes non potuisse transmitti, quod falsnm puto. Nam hae ipsae erant, quae ad heredes transibant. Rem totam, ut potero, paucis explicabo. Militiae, quae 21
vendi poterant, ad heredes, et liberos transferebantur: sed quia hae militiae desiderabant operam, et ministerium militantis, et ideo personae cohaerere dicuntur in *l.* 3. §. *si quid minori ff. de minor.* et hnic ministerio non semper heres erat idoneus, idcirco loco heredis minus idonei alius erat snbrogandus idoneus: hic antem, qui subrogabatur defuncto vice heredis, aut liberorum, solvebat heredi certam pecuniae summam, quae vocabatur *casus militiae.* Constitutum id in *l. si quis in sacris C. de prox. sacror. scrin.* et constat ex *l. omni-*

modo §. *ult. C. de inoff. testam.* et ex *Novell.* 97. *de aequalit. dot. cap.* 4. ibi: *et in hoc fiat pactum, ut casu proveniente prior sit solus, qui ad hoc pecuniam credidit, huic solo casui cedere mulierem.* Casus hic, erat illa pecunia, quam modo dicebamus. Et hoc significat Justinianus in *l. ult. C. de pignor.* ibi: *Eam tamen, quae vendi, vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest.* Sub certa definitione transmittebatur, quia si heredes essent idonei, et vellent militiae adscribi, ad ipsos pertinebat: sin minus, casum, seu certam illam pecuniae summam percipiebant. Et infra *in ead. l. et post mortem eorum exigere, quod pro iisdem militis pro tenore communis militantium placiti, vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium, dari solet.* Excipiebatur fisci patronus, quo mortuo, is, qui subrogabatur, nihil solvebat liberis defuncti *l. petitionem* 13. *vers. quando C. de advocat. divers. judicior.*

Duo sunt animadversione digna. Primum, quod haec pecunia ad liberos primum perveniebat, etiamsi hereditatem non adissent, non quidem titulo heredi-
22 tatis, sed privilegii, itemque ad uxorem defuncti. postea vero ad eum creditorem, qui ad emendam militiam pecuniam dederat, ac denique ad alios creditores, quibus militia erat pignori obligata. *Novell.* 53. *de exhib. reis cap.* 5. *Nov.* 35. *de adjutor. Quaestor. l. si quis in sacris* 11. *C. de prox. sacror. scrinior.*

Alterum est, quod haec pecuniae summa tanta erat, quanta pro introitu dari solebat *l. si quis in sacris* 11. *juncta l. unicuique* 7. *C. de prox. sacr. scrinior.*
23 observando, quod haec ad illam refertur. Haec autem tanta erat, quanta vendi poterat militia, *Novell. de adjut. Quaestor.* 35. Itaque ad heredes pervenire solebat aestimatio ipsius militiae, quae ex casu dicebatur, quia quoties substituebatur alius in locum alterius, ille loco cadere dicebatur. *d. Novell.* 35. Itaque casua dicebatur pecunia, quae dabatur his, qui loco ceciderant, ea ipsa de causa, quod ceciderant.

His expositis facilius possunt explicari *l. mortuo bove* 49. §. 1. *in fin. ff. de legat.* 2. *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de legat.* 3. ex quibus constat, legata militia videri legatam ejus aestimationem. Nam eum legatario persolvenda 24
esset aestimatio, si non esset idoneus, aut nollet militare, ut saepe evenire solebat, aestimatio ipsa legata videbatur. Et ideo in *l. Lucius Titius* 22. *ff. de legat.* 2. accuratus admodum fuit testator, qui militiam legavit, aut pecuniam, quae ex venditione ejus redigi posset.

Hinc etiam intelligimus cur in *l. libertis* §. *ab heredibus ff. de alim. legat.* quam explicamus, testator non legaverit liberto militiam, sed voluerit ei militiam comparari. Nam cum vellet, libertum ex militia alimenta suscipere, noluit, ei persolvi aestimationem militiae, sed rogavit Sejum, ut ei militiam emeret, nempe eam, cui esset idoneus, ut inde posset alimenta percipere, in quorum locum ibi militia subrogatur.

Atque ut apertius hoc sit, eademque opera plenam, atque perfectam harum militiarum cognitionem assequamur, adhuc pauca de his subjicienda sunt. His 25
omnibus militibus certum salarium erat constitutum, quod ipsis de publico solvebatur. Plin. *lib.* 31. *cap.* 7. *Sal honoribus etiam, militiaeque interponitur: salariis inde dictis, magna apud Antiquos auctoritate, laborumque requies non alio magis vocabulo constat.* Veteres glossae *annonam, salarium* interpretantur. Constabat enim salarium frumento, vino, oleo, carne, rebusque omnibus, quae alendo homini sunt necessariae. Epistola Valeriani de salario Claudii Tribuni: *Huic salarium de nostro privato aerario dabis annuos frumenti modios tria millia. Vini veteris sextarios tria millia quingentos. Olei boni sextarios centum quinquaginta etc.*

Alia epist. ejusd. de salario Probi Tribuni: *Huic dari jubebis in salario diurno bubulae pondo; porcinae pondo sex, caprinae pondo decem etc.* Et de salario Aureliani: *Sinceritas tua supradicto viro efficiet, quamdiu Romae fuerit, panes militares quadraginta: vini mensalis sextarios quadraginta: porcellum dimidium: gallinaceos duos etc.*

Qui cum potestate, aut legatione in Provincias proficiscebantur, salarium hoc accipiebant. Cicer. *in Verr. lib.* 4. in princ. *Neminem, qui cum potestate, aut legatione in Provinciam esset profectus, tam amentem fore putarunt, ut emeret argentum; dabatur enim de publico: ut vestem; praebebatur enim le-*
26 *gibus. Mancipium putaverunt; quo et omnes utimur, et non praebetur a Populo. Sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum.* Ascon. in Divinat. ea Ciceronis verba: *frumentum in cellam*: interpretatur frumentum in usus cellae: hoc est, annonam Praetoris, quae in frumenti certo numero praebebatur a provincialibus. Ex hac annona Praetor salarium solvebat suis Apparitoribus, nec supra eam aliquid a provincialibus exigere poterat. *l. det operam* 3. *C. Theod. de offic. judic. omn.* Nec solum Apparitoribus, et Dignitatoribus, sed et coeteris adminiculis eunctarum dignitatum, et iis, qui in sacro palatio, et sacris scriniis militabant, annona praestabatur. *l. annonas omnes* 35. *C. Theodos. de erogat. milit. ann. l. scriniis* 7. *et l. et olim* 11. *C. Theod. de palatin.* Ammian. Marcellin. *lib.* 22. *Evenerat iisdem diebus: ut ad demendum Imperatoris capillum tonsor venire praeceptus, introiret quidam ambitiose vestitus. Quo viso Julianus obstupuit. Ego, inquit, non rationalem jussi, sed tonsorem acciri. Interrogatus tamen ille, quid haberet ex arte compendii: vicenas diurnas, respondit, annonas, totidemque pabula jumentorum, quae vulgo dictitant capita, et annuum stipendium grave, absque fructuosis petitionibus multis. Unde motus, omnes hujusmodi cum cocis, similibusque aliis eadem accipere pene consuetos, ut parum sibi necessarios, data, quo velint, eundi potestate, projecit.* Lamprid. *in Alex. Aulicum ministerium in id contraxit, ut essent tot homines in singulis officiis, quot necessitas postularet: ita ut annonas, non dignitatem, acciperent fullones, et vestitores, et pistores, et pincernae, omnes castrenses ministri, quemadmodum pestis illa instituerat; sed annonas singulas, vel binas.* Et paulo post: *Medicus sub eo unus palatinus salarium accepit, coeteri omnes, qui usque ad sex fuerunt, annonas binas, aut ternas accipiebant, ita ut mundus singulas consequerentur, alias aliter.* Annonas, id est, *panes*, ut recte interpretatur doctissimus Salmasius: nam annona in numero singulari significat frumentum, vinum, oleum, carnem, et alias ejusmodi cellarienses species; in numero vero multitudinis significat panes. Et ideo hic opponuntur salarium, et annonae. Quamquam etiam in numero multitudinis videntur aliquando continere omnes species annonarias, ut in *l.* 10. 12. 13. 17. 19. 20. 22. 27. 28. 29. 31. 32. 34. 35. *et ult. C. Theodos. de erogat. milit. annon.* Antiquariis etiam ad componendos, reparandosque Bibliothecae Codices Valens Imperator annonas populares caducas jubet impertiri *l.* 2. *C. Theodos. de Stud. liberal. Urb. Rom.* et Magistros liberalium artium, Grammaticos, Oratores, Jurisconsultos, annonas accepisse testatur Cassiod. *lib.* 9. *form.* 21. facinnt ad rem quae idem tradit *lib.* 6. *form.* 22. *et lib.* 12. *form.* 15.

Haec perspicue scribere, atque enodata diligenter exponere de re obscura, atque difficili, et in vulgus non pervulgata, operae praetium duximus ad explicationem nostrae legis, in qua de militia agitur liberto comparanda. Nunc ad propositum revertamur: totum illud conclu-

di sic licet. Multa concurrunt simul, qui conjecturam hanc facere possimus, ibi militiam pro alimentis legatam fuisse. Libertis a patrono relinqui solebant alimenta. Militia comparanda erat ex eo tempore, cum amplius non deberet morari cum Sejo. Militia legatis annuis comparatur, cum sit ejus annuum stipendium: legata autem annua videntur relicta pro alimentis. Ex militia libertus consequitur salarium, annonam, hoc est, ea, quae ad ipsum alendum requiruntur. Nam licet in *l. annonas* 15. *C. de erogat. milit. ann.* jubeantur adaerari annonae; tamen olim in frumento, vino, oleo, etc. solvebantur, ut probavimus. Dubitandum igitur non est, ibi legato militiae contineri alimenta, et favore alimentorum certam aetatem non facere conditionem. Quod demonstrandum proposuimus.

CAPUT XVIII.

AD L. SED ET SI SUSCEPIT 52. §. 1. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

I. Legatum ubi praestandum?
II. Quantitas certo loco circumscripta vicem gerit certi corporis.
III. Legata tessera frumentaria videtur legata aestimatio. et n. 9.
IV. Frumentum Populo distributum, et qui praeessent frumentationi.
V. Panis distributio: quo loci, et quibus fieret?
VI. Tesserae frumentariae quid: et qua de causa institutae?
VII. Panis quotidie accipiebatur; frumentum singulis mensibus.
VIII. Tesserae extraordinariae quae, et quando datae?
IX. Tesserae in commercio erant.
X. Tesserae legatum non extinguitur, si quis tesseram consequatur titulo lucrativo; et quare.
XI. Tempore Veterum Jurisconsultorum Romae solummodo frumentatio.
XII. Postea etiam alibi.

Ulpianus in *l. sed et si suscepit* §. 1. *ff. de judic.* ait: *Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit: quamvis major pars hereditatis in Provincia sit, tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est, cum apparet, id testatorem sensisse ex genere comparationis.* Diximus supra de militiis, nunc aliquid dicendum de tesseris frumentariis, ut et aliis multis Juris nostri legibus, et huic praesertim aliquam lucem afferamus, in qua explicanda nihil omnino viderunt veteres Juris Interpretes, Jurisprudentiae antesignani.

Cum quaeritur ubi praestandum sit legatum, hoc primum constituitur, ibi 1
praestandum esse, ubi testator voluit *l. cum res* 47. *ff. de leg.* 1. Quod si non constet de voluntate testatoris; distinguitur hoc modo. Si legata sit certa species, veluti certus equus, Stichus, Aretusa; legatum praestandum est ubi sita est illa certa species, nisi dolo heredis alio translata sit. *l. quod legatur* 38. *in princ. ff. de judic. l. sed et si §. si ea res ff. eod. l. cum res legata* 47. *in princ. ff. de legat.* 1. Idemque dicendum, si legata sit quantitas certo loco circumscripta *d. l. quod legatur vers. si adjectum ff. de judic. l. cum res* §. 1. *ff. de legat.* 1. nam quantitas certo loco circumscripta consideratur tamquam
certum corpus *l. sed si certos* 51. *ff.* 2
de legat. 1. *l. plane §. sed si non corpus cum seq. ff. eod. l. in ratione* 30. §. *certis ff. ad Leg. Falcid.* Quod si quantitas legata sit, hoc est, res numero, pondere, mensurave constans, nullo loco circumscripta, aut genus aliquod, praestandum est legatum ubi est hereditas, vel major ejus pars *d. l. quod legatur* 38. *juncta l. si fideicommissum* 50. *ff. de judic. l. cum res* 47. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. un. C. ubi fideic. pet. oport.*

Legatum tesserae frumentariae, magis in quantitate, quam in corpore consistit *l. Titia Sejo in princ. ff. de legat.* 2. et cui tessera legatur, aestimatio legata
videtur *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. de* 3

legat. 2. Itaque hoc legatum videretur praestandum ubi est major pars hereditatis. Contrarium tamen respondit JCtus in nostra lege: ait enim hoc legatum Romae praestandum, etiamsi major pars hereditatis sit in Provincia: quia apparet, id sensisse testatorem ex genere comparationis. Quorsum haec pertineant, explicandum est, ne cum veteribus Juris Interpretibus existimemus, tesseram frumentariam esse genus vasis, quod Romae solum in usu esset.

Institutum Romae vetus fuit ut ad infimam Plebem alendam frumentum publico sumptu distribueretur, quemadmodum alias diximus: quo alludit text. in *l.* 2. *in princ. ff. de nundin. et in l.* 1. §. 1. *in fin. ff. de muu. et honor.* Cogitavit aliquando Augustus has publicas frumentationes in perpetuum abolere, quod earum fiducia cultura agrorum cessaret, non tamen perfecit, quia certum habebat; posse per ambitionem quandoque. restitui, teste Sveton. *in August. cap.* 42. Stante adhuc Republica ab AEdilibus frumentum distribuebatur. Caesar duos AEdiles Cereales constituit, qui frumento dividendo praeessent *l.* 2. §. *capta* 32. *ff. de Origin. Jur.* Augustus Praefecturam annonae suscepit, et Duumviros frumenti dividendi creavit, ut refert Dio Cass. *lib.* 54. et Sveton. in *August. cap.* 37. Praefectus annonae etiam ante interitum Reip. creatus fuerat, sed non nisi extra ordinem urgente annonae caritate; quare a Pomponio dicitur, eum non esse Magistratum, sed extra ordinem constitutum in *l.* 2. §. *et haec omnia* 33. *ff. de Orig. Jur.* Frequens ejus in Jure nostro mentio, ut in *l.* 1. §. *sed ex contrario ff. de exercit. action. l. ult. ff. quod cum eo qui in alien. pot. est. l. mulierem ff. de accusat. l. ult. ff. ad Leg. Jul. de annon.* Ejusdem meminit Justinianus in *Novell.* 88. *de deposit. cap.* 2. Erant et Curatores annonae *l. Imperatores* §. *in locum ff. de appellat.* Nisi forte ibi Curator annonae dicitur ipse Praefectus annonae, cum ibi constet, unicum fuisse. Curatores autem annonae videntur fuisse, qui ad coemendum frumentum, et alias species mittebantur *l. ult.* §. *cura ff. de muner. et honor. l. Lucius* 21. *ff. ad municipal. l. ex facto* 30. *ff. de negot. gest.* Frumentarii vero erant, qui Populo frumentum admetiebantur. Extat illud Lucilii

Frumentarius est, modium hic secum, atque rutellum
Unum habet.

Et quia opus hoc plenum laboris erat, idcirco Marcus, et Commodus Imperatores rescripserunt, hos a tutelis excusari *l. mensores* 26. *ff. de excusat.*

Aurelianus Imperator pro frumento panes dividere coepit. Vopisc. *in Aurel. Aurelianum eo tempore, quo proficiscebatur ad bellum Orientale, bilibres coronas Populo promisisse, si victor rediret. Et cum aureas Populus spectaret, neque Aurelianus aut posset, aut vellet, coronas eum fecisse de panibus, qui nunc siliginei vocantur, et singulis quibusque donasse, ita ut siligineum suum quotidie toto aevo suo, et unusquisque reciperet, et posteris suis dimitteret. Nam idem Aurelianus et porcinam carnem Populo distribuit, quae hodieque dividitur.* Et paulo infra: *Statuerat et vinum gratuitum Populo Romano dare, ut quemadmodum oleum, et panis, et porcina gratuita praeberentur, ita etiam vinum daretur.* Erant igitur hi panes bilibres, quibus postea unciam addidit de AEgyptio vectigali, ut idem gloriatur in epistola ad Praefectum annonae Urbis. Addiderunt et alii duas uncias, alii ademerunt. Imperat. Valentin. in *l.* 8. *C. Theodos. de pane gradil. Civis Romanus, qui in viginti panibus sordidis, qui nunc dicuntur Sardinienses, quinquaginta uncias comparabat, triginta et sex uncias in buccellis sex mundis sine pretio consequatur.*

Vocabantur hi panes civiles *l. ult.* §. *ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de quadr. praescr.* seu civiles annonae *l. jubemus* 14. *C. de Sacros. Eccles. l. un.* §. *cum autem in fin. C. de rei uxor. action. l. hac edictali* §. *his illud C. de secund. nupt. Novell.* 88. *de deposit. cap.* 2. Annona enim in numero multitudinis panes significat. Appellabantur etiam *panis gradilis*, quia in gradibus distribuebatur
5 *l.* 2. *l.* 3. *et* 4. *et tot. tit. C. de annon. civ. et pan. gradil.* An in gradibus Amphitheatri, vel Circi maximi distribueretur, non satis constat. Multitudo accipientium Circo maximo potius convenire videtur, quam Amphitheatro: idque non obscure videtur indicare Ammian. Marcell. *lib.* 28. qui infimam Plebem sic incusat: *Hi omnes, quod vivunt, vino, et tesseris impendunt, et lustris, et voluptatibus, et spectaculis, eisque templum, et habitaculum, et concio, et copia eorum, et spes omnis Circus est maximus.* Hac de re disputat accurata Salmas. *in Vopisc. Aurelian.* ubi etiam notat, Heraclio imperante, sublatam fuisse hanc erogationem civilium annonarum.

Non tamen omnes Cives hoc frumentum, aut panes accipiebant, sed tenuiores tantummodo, quorum nomina in tabulis publicis incidebantur. Senec. *lib.* 4. *de Benef. cap.* 28. *frumentum publicum tam fur, quam perjurus, et adulter accipiunt, et sine discrimine morum quisquis incisus est.* Sveton. *in Caesar. cap.* 41. *Recensum Populi nec more, nec loco solito, sed vicatim per dominos insularum egit, atque ex viginti trecentisque millibus accipientium frumentum e publico, ad centum quinquaginta retraxit. Ac ne qui novi coetus recensionis causa moveri quandoque possent, instituit quotannis in demortuorum locum, ex his, qui recensiti non essent, subsortitio a Praetore fieret.* Plin. *in Panegyr. ad Trajan. Datum est iis, qui post Edictum tuum in locum erasorum subditi fuerant, aequatiquae sunt coeteris illi etiam, quibus non erat promissum.* Et paulo infra: *Tu ne rogari quidem sustinuisti, et quamquam laetissimum oculis tuis esset conspectu Romanae sobolis impleri, omnes tamen antequam te viderent, recipi, incidi jussisti, ut etiam inde ab infantia parentem publicum munere educationis experirentur.* Et deinde: *Dent tibi, Caesar, aetatem Dii, quam mereris, serventque animum, quem dederunt, et quanto majorem infantium turbam iterum atque iterum incidi jubebis?* Namprid. *in Antonin. Diadum. Vellem, Quirites, jam praesentes essemus. Antoninus vester vobis congiarium sui nominis daret. Daret praeterea et pueros Antonianos, et puellas Antonianas, quae tam grati nominis gloriam propagarent.* Recte Salmasius emendat: *incideret praeterea.*

Qui incisi erant tesseram frumentariam accipiebant; nempe signum quoddam in sphaerula lignea, vel lignea tessera, quam καλαμον et καλάμιον Graeci vocant, et Justinian. in *Novell.* 88. *cap.* 2. ψήφους has
tesseras vocat. A Xiphilino dicuntur *parvi orbes lignei inscripti.* Distribuebat 6
hasce tesseras Annonae Praefectus *d. Novell.* 88. *cap.* 2. ἢ καὶ ψήφους κομιζομένους παρὰ τοῦ τῶν ἀννώνων ὑπάρχου, hoc est, *et tesseras accipiunt a Praefecto annonae.* Acceptis tesseris, iisque ostensis frumentum accipiebant, quod ipsis frumentarii mensores admetiebantur: aut accipiebant panem, eo tempore, quo panis distribui coepit. Hinc apud Themist. *Orat.* 4. καλαμηφόροι illi dicuntur, qui panem, aut frumentum accipiebant, qui id accipere non poterant, nisi tesseram attulissent, ac protulissent.

Sciendum autem est, quod panis quo- 7
tidie distribuebatur, ut constat ex superioribus, unde a Graecis, et Latinis panis, ac cibus diurnus appellabatur, et quidem primo mane: quare a Themistio *in d. Orat.* 4. dicuntur matutini tesseras ferre, qui panem accipiebant. At vero frumentum singulis mensibus dividebatur,

et tesserae dabantur. Sveton. *in August. cap.* 40. *Ac ne plebs frumentationum causa frequentius a negotiis avocaretur, ter in annum quaternum mensium tesseras dare destinavit, sed desideranti consuetudinem veterem concessit rursus, ut sui quisque mensis acciperet.* At Valentinianus, et Valens Imperatores tesseras sustulerunt, et constituerunt ut pro tesseris titulus aeneus in gradibus figeretur, in quo nomen percipientis, et panis modus incideretur *l. Cives Romanos* 5. *in fin. C. Theodos. de annon. civic. et pan. gradil.*

Illud etiam monendum est, hasce tesseras aut ordinarias fuisse, aut extra ordinem. Ordinarias appello eas, quae dabantur illis, qui in tabulis publicis incisi erant, et adscripti in numero accipientium frumentum, de quibus hactenus diximus. Extra ordinem appello eas,
8 quae inter missilia a Consulibus, et Imperatoribus conjiciebantur in vulgus. Sveton. *in Neron. cap.* 11. *Sparsa et Populo missilia omnium rerum per omnes dies: singula quotidie millia avium cujusque generis, multiplex penus, tesserae frumentariae, vestis, aurum, argentum, gemmae, margarithae, tabulae pictae, mancipia, jumenta, atque etiam mansuetae ferae, novissime naves, insulae, agri.* Immanis haec Neronis prodigentia. Spargebant et Consules missilia in vulgus §. *hoc amplius Inst. tit. de rer. divis. l. qua ratione* §. *hoc amplius ff. de acquir. rer. dom. l. nec emptio* §. *aliquando ff. de contr. empt.* et in his tesseras omnis generis. Sustulit hanc sparsionem Marcianus Imperator in *l.* 2. *C. de Consul.* Restituit eam Justinian. *Nov.* 105. *de Consul. cap.* 2. Sustulit eam Leo Imperator *Novell.* 94. Constantinus Magnus in suo Consulatu tesseras projecit, quibus Populo diurnos panes per singulos annos, et vinum, et oleum, et carnem largitus est, quibus multis annis Populo frui datum est, teste Codino, et Suida. Aliquando etiam Imperatores congiarii nomine frumentum Populo dividebant. Sveton. *in Caesar. cap.* 38. *Populo praeter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecentos quoque nummos, quos pollicitus olim, viritim divisit, et hoc amplius centenos pro mora.* Id. *in August. cap.* 41. *Frumentum quoque in annonae difficultate saepe levissimo, interdum nullo pretio viritim admensus est, tesserasque nummarias duplicavit;* fortasse, *frumentarias.*

Tesserae frumentariae vendi poterant, ut testatur Juvenalis illo versu:

Summula ne pereat, qua vilis tessera
venit Frumenti.

Et annonas vendi potuisse constat ex *l.* 9
hac edictali §. *illud C. de sec. nupt. ex l.* 1. *C. de annon. civil.* Itaque in nostra *l. sed et si suscepit* 52. §. 1. *ff de judic.* Testator libertis suis tesseram frumentariam emi voluit. Quoniam vero in tessera non consideratur orbiculus ille ligneus, cujus nullus est valor, si ex se consideraretur; sed frumentum quod tessera illa consequi possumus, seu aestimatio ejus; idcirco tesserae fideicommissum non tam in corpore, quam in quantitate consistit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de leg.* 2. et tessera legata, ejus aestimatio videtur legata *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. eod tit.* Quamobrem licet legatum extinguatur, quoties legatarius ex causa lucrativa rem legatam consequitur §. *si res aliena Inst. tit. de legat. l. nutu* §. 1. *ff. de legat.* 3. *l. si servus* 108. §. *Stichum* 4. *ff. de legat.* 1. *l. omnes* 17. *ff. de oblig. et act.* hoc ta- 10
men legatum non extinguitur, si legatarius tesseram frumentariam ex causa lucrativa habere coeperit *l. Titia Sejo* 87. *in princ. ff. de legat.* 2. Est enim diversa ratio speciei, et quantitatis. Species certa est, et semel tantum praestari potest, et iniquum est eam rem petere, quam sine ullo tuo incommodo jam obti-

nuisti. Quantitas totum genus comprehendit, et his praestari potest, et petitur alia quantitas, non ea, quam quis est consecutus *l. plane* 34. §. *sed si non corpus ff. de legat.* 1. *l. Maevius ff. de legat.* 2. Itaque recte concurrunt duae causae lucrativae, quia non concurrunt in eamdem rem: non est enim corpus idem, non eadem species, licet sit eadem quantitas.

Superest ut explicemus cur hoc legatum sit Romae praestandum. Legatum praestandum est ubi testator voluit *l. cum res* 47. *ff. de legat.* 1. vel ubi verisimile
11 est eum voluisse *d. l. cum res.* Qui legat tesseram frumentariam, vult Romae praestari legatum. Apparet, id sensisse testatorem ex genere comparationis *d. l. sed et si suscepit* §. 1. *ff. de judic.* Quid ita? Quia tessera frumentaria Romae solummodo comparari potest, quia Romae solummodo frumentatio. Recte Appian. *τὸ σιτώνιον ἐν μόνῃ τῇ Ῥώμῃ τοῖς πένησι χορηγούμενον*, *frumenti distributio solum Romae pauperibus fiebat.* Non ignoro, Trajanum multa elargitum fuisse ad alendos liberos etiam in Italia. Refert enim Dio, eum multa gratificatum fuisse Civitatibus in Italia ad liberorum educationem. Et Spartianus memoriae prodidit, Julianum alimentorum curam in Italia meruisse. Et Capitolin. *in Pertin. Post in Maesia rexit alam, deinde alimentis dividendis in via Æmilia procuravit.* Sed haec in Italia praestabantur, non in Provinciis, et puerorum alendorum gratia, quod auctum postea est a Constantino, qui parentibus egenis ad filios alendos ubique publica alimenta praestari jussit *l.* 1 *et* 2. *C. Theod. de aliment. quae inop. parent.*

Haec autem obtinebant tempore veterum Jurisconsultorum. Etenim Constantinus aedificata Constantinopoli frumenta-
12 tionem ibi instituit, et ad Urbem amplificandam aedibus annonas adsignavit, quae aedes sequebantur *l.* 1. *l. annonas* 11. *l. si quae speciatim* 12. *cum seqq. C. Theodos. de annon. civic. et pane gradil.* Praeterea in suo Consulatu tesseras sparsit, ut supra diximus. Et de annonis, quae hominibus debebantur, agitur in *l.* 8. *C. Theod. de annon. civic.* Itaque Socrates refert, Constantinum Constantinopoli octoginta millia modiorum quotidie distribuisse, quae Constantinus ejus filius ad quadraginta millia redegit, iratus propter Hermogenis necem Socrat. *lib.* 2. *histor.* Immensa profecto summa frumenti, nisi eam de panibus interpretari malimus: non tamen id est incredibile, cum paulo minor summa referatur ad AElio Spartiano *in vita Severi. Moriens septem annorum canonem, ita ut quotidiana septuaginta quinque millia modiorum expendi possent, reliquit.* Idem Constantinus Alexandriae etiam frumentationem instituit, ut refert Idem Socrat. Et Julianus frumenti modum assignavit Antiochenis, ut ipse testatur in *Misopog.* Omitto, quod Puteolanis quoque ad alendos pauperes annua centum et quinquaginta millia modiorum erant assignata. Itaque his temporibus ex genere comparationis non potuisset apparere, testatorem voluisse legatum tesserae Romae praestari, quemadmodum constabat tempore Ulpiani Jurisconsulti ex *d. l. sed et si* §. 1. *ff. de judic.*

CAPUT XIX.

AD L. PATRONUS

35. *in princ. ff. de legat.* 3.

SUMMARIUM.

I. Quid sit emere tribum?
II. Tribus, et tribules qui?
III. Cur tenuiores homines tribus nomine vocarentur?
IV. Tribus nomen quot modis accipiatur: et quomodo hic accipiendum.
V. Cur Patroni libertis tribum compararent.
VI. Quae essent commoda tribus.
VII. Quae Principum liberalitates. Congiarium Populo datum.
VIII. Legata Principum.

IX. Eorumdem donationes.
X. Clarissimi sunt Senatores.
XI. Quando legatum debeatur quod quis capere non potest.
XII. Legata tribu, videtur legata aestimatio: et quare?

Alia semper ex aliis occurrunt. Dictum de tesseris frumentariis: dicendum aliquid de tribu, ad explicationem *l. patronus* 35. *in princ. ff. de legat.* 3. in qua exponenda meras nugas garriunt Veteres Interpretes, non quidem sua, sed saeculi culpa. Quis enim eorum scientiam, atque doctrinam assequi se posse confidat? Verba legis haec sunt: *Patronus liberto statim tribum emi petierat. Libertus diu moram ab herede patroni passus est, et decedens heredem reliquit clarissimum Virum. Quaesitum est, an tribus aestimatio heredi ejus debeatur. Respondit, deberi. Idem quaesiit, an et commoda, et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset; an vero usurae aestimationis heredi ejus debeantur. Respondi, quicquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum transmittere.* Tria hic explicanda. Quid sit tribum emere: quae sint commoda, et principales liberalitates: cur proponatur institutus Vir clarissimus.

1 A primo ordiamur. Tribus emptas fuisse, quantum meminerim, apud Latinos Auctores nusquam legi. Itaque quod potui conjectura consequi, id exponam, et opinionem meam Doctorum judicio subjiciam, non ut eos in meam sententiam traham, sed ut incitem ad indagandam veritatem. Existimo igitur, emere tribum eadem significatione dici, qua *emere decuriam* dixit Cicer. 3. *in Verrem.* Verba Ciceronis sunt; *Ad eos me scribas revoca. Noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum donis, ac scenicorum corollariis cum decuriam emerunt, ex primo ordine explosorum, in secundum ordinem Civitatis se venisse dicunt.* Primus ordo explosorum, tribus; secundus ordo Civitatis, decuriae scribarum. Sveton. *in August. cap.* 57. *Veterani, decuriae, tribus, atque etiam singulatim e coetero genere hominum libentes, ac pro facultate quisque pecunias contulerunt.* Tacit. *lib.* 13. *Annal. Hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, etc.* Loquitur autem de libertinis. Erant enim scribae in decurias divisi. Sveton. *in Claud. cap.* 1. *Corpus ejus per Municipiorum, Coloniarumque Primores, suscipientibus obviis scribarum decuriis, ad Urbem devectum.* De his decuriis mentio fit in *l. mortuo ff. de fidejuss.* in *l.* 3. *§. a municipibus ff. de bonor. possess.* in *l. si quis mihi* 25. *§.* 1. *ff. de acquir. vel om. hered.* Quemadmodum igitur decuriam emere dicebantur, qui pretio adscribebantur decuriis scribarum: ita tribum emere dicebantur, qui pretio adscribebantur tribubus; hoc est, recensebantur inter Cives frumentum de publico accipientes, et inserebantur numero Civium, quibus publica alimenta ministrabantur.

Tribus nomen etsi ad omnes pertineret; saepe tamen ad demonstrandam infimam Plebem, et eos, qui publica li- 2
beralitate sustentabantur, Veteres usurpabant, et a Populo distinguebant. Sveton. *in August. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Non ignoro Lipsium in *Elect. cap.* 12. *lib.* 1. emendare *tribulibus.* Sed necesse non est: nam et Plin. in *panegyr.* distinguit. *Nisi vero leviter attingi placet locupletatas tribus, datumque congiarium Populo.* Martial *lib.* 8. *ep.* 15.

Dat Populus, dat gratus Eques, dat thura Senatus,
Et libant Latiae tertia dona tribus.

Claudian. in VI. *Consul. Honor.*

— *tecum praelarga vocavit.*
Ditans ad dona tribus.

Plin. *in Panegyr.* de pueris frumentationi adscriptis. *Ex his castra, ex his tribus replebuntur, ex his quandoque nascentur, quibus alimentis opus non sit.* Ascon. *in Milon.* de Milone Consulatum petente: *Aperte quoque tributim in singulos millia assium dedit.* Hinc saepe dicuntur tribules pauperes homines. Horat.

Ut cum pileolo soleas conviva tribulis.

Martial. *lib.* 9. *ep.* 50. de toga lacera, ac detrita:

Nunc anus, et tremulo vix accipienda tribuli.

Et alibi:

Nec pallens toga mortui tribulis.

Qua de causa id factum existimem, paucis aperiam. Erant tribus urbanae, erant et tribus rusticae. Urbanae tribus erant Suburana, Esquilina, Collina, Palatina. Urbanae tribus per excellentiam tribus appellabantur: tum quia erant partes ipsius Urbis, rusticae vero partes agri Romani: tum quia initio nobiliores erant, et in illis adscribi, qui Urbem incolebant. Cum autem postea nobiles homines in tribus rusticas transcriberentur, et Fabius Censor omnem forensem turbam excretam in quatuor tribus urbanas conjecisset, coepit ignominiae, ac probro
3 esse in his tribubus censeri: in his enim solummodò humiles homines, ac pauperes, et libertini censebantur, ut constat ex historia Romana. Quo factum, ut tribus nomine id genus hominum saepe significaretur: maxime quia haec turba dicebatur *sine nomine.* Eleganter Manil. *Astron. lib.* 5. *sub finem:* Populum Romanum dividens primum nominat Patres, secundo Equestrem Ordinem, tertio Populum: atque his addit vulgus iners, et sine nomine turbam, quae ideo generali nomine tribus appellabatur. Quare etiam Plebs, aut Plebs urbana appellabatur, licet Plebis nomen omnes comprehenderet praeter Patritios, et Senatores. Saepe eam sic appellat Cicero, veluti pro *Milon. et in Rull.* et Sallustius *in conjurat.* et saepissime Tacitus.

Coetera prosequamur. Apposite Gellius nos monet *lib.* 18. *cap.* 7. tribum, et pro loco, et pro jure, et pro hominibus dici. Pro jure certe accipitur in nostra lege, quam explicamus. Et quod jus erat 4
tempore Scaevolae Jurisconsulti, quo tempore Populus suffragium amplius non ferebat? nullum certe aliud, quam percipiendi publica alimenta, et commoda, et Principum liberalitates, ut indicat in *d. l.* Jurisconsultus. Itaque sic concludi licet. Tribus nomen praecipue conveniebat tenui, atque humili turbae, quae publica liberalitate pascebatur. Tribus nomen significat jus illud, quod in tribus descripti obtinebant. Nullum fere aliud jus tribuum erat eo tempore, quam percipiendi publica alimenta. Ergo tribum emere significat inseri numero Civium, qui publica liberalitate fruebantur: seu emere jus illud percipiendi publica emolumenta. Neque enim omnes Cives haec percipiebant, sed illi solum, qui in tabulis publicis incisi erant.

Curabant autem Patroni, ut liberti sui hoc jus consequerentur, vel ut ipsi perciperent emolumentum, vel ut liberti alimenta. Tacit. *lib.* 13. *Annal.* de libertinis. *Quippe late fusum id corpus: hinc plerumque tribus, decurias, ministeria Magistratibus, et Sacerdotibus, cohortes etiam in Urbe conscriptas.* Itaque notat Dionys. Halicarn. *lib.* 4 multos hac de causa manumissos fuisse, ut frumentum menstruum publice distributum, et Principum liberalitates consequerentur, idque totum patroni lucrarentur. Et Sveton. *in August: cap.* 41. 5

Cum proposito congiario multos manumissos, insertosque Civium numero comperisset, negavit accepturos, quibus promissum non esset. Observa, non solum manumissos, sed etiam insertos Civium numero: eorum scilicet, qui congiarium erant accepturi. Antonius autem Philosophus etiam pueros, et puellas libertinorum inseruit. Sic enim interpretor verba Capitol. *in ejus vita*: *Ob hunc conjunctionem pueros, et puellas novorum hominum frumentariae perceptioni adscribi praeceperunt.* Novos homines eleganter appellat libertinos: nam antequam manumitterentur, homines non erant: certe tamquam homines non considerabantur cum servi essent; qui pro nullis habentur *l. quod attinet ff. de Reg. Jur. l. 1. ff. de jure deliber, l. nullo 7. ff. ad Leg. Corn. de fals. l. intercidit* 59. *in fin. ff. de cond. et dem.* Antea Trajanus pueros frumentariae perceptioni adscribi jusserat, sed solum purioris sanguinis, et ex quibus aliquando nasci possent, qui alimentis non indigerent, ut refert Plinius. Antoninus autem etiam pueros, et puellas libertinorum adscribi jussit. Non ignoro, magnam esse inter Doctissimos Homines dissensionem, et a plerisque hunc locum emendari, ideo meam sententiam exposui. Ad
6 rem redeo. Libertinos accepisse frumentum ostendit illud Persii:

Libertate opus est; non hac, ut quisque Velina
Publius emeruit, scabiosum tesserula far
Possidet.

Non ante tamen accipiebant, quam in aliquam tribum relati essent. Quare non sine causa Persius addidit *Velina*, quod est nomen tribus; et eadem de causa patronus in nostra lege tribum liberto comparari jubet.

Veniamus jam ad id, quod secundo loco proposuimus explicandum. Commoda tribus erant frumentum, oleum, caro, quae ex publica liberalitate percipiebat infima Plebs; ut exposuimus capite superiore.

Inter Principum liberalitates primum recenseo congiarium, quod frequenter a
Principibus Populo dabatur. Sveton. *in* 7
Caesar. cap. 38. *Populo praeter frumenti denos modios, ac totidem olei libras, trecenos quoque nummos, quos pollicitus olim, divisit: et hoc amplius, centenos pro mora.* Id. *in Aug. cap.* 41. *Congiaria Populo frequenter dedit, sed diversae fere summae: modo quadringenos, modo tricenos, nonnumquam ducenos, quinquagenosque nummos.* Spartian. *in Hadrian. Ad comprimendam de se famam congiarium duplex praesens Populo dedit: ternis jam per singulos aureis se absente divisis.* Lamprid. *in Alex. Sever. Congiarium Populo ter dedit: donativum militibus ter: carnem Populo addidit.* De eodem testatur Dio, eum, cum decennalia imperii celebraret, praetorianis militibus, et Populo, frumentum accipienti, decem aureos viritim divisisse: Lamprid. *in Commod. Congiarium dedit Populo, singulis denarios septingenos vicenos quinos.* Haec exempli causa decerpsimus, sed his plena est Historia.

Secundo recenseo legata Principum. Sveton. *in Caes. cap.* 83. *Populo hortos circa Tiberim publice, et viritim* 8
trecenos sestertios legavit. Id. *in Aug. cap.* 101. *Legavit Populo Rom. quadringenties, tribubus tricies quinquies H. S.* Id. *in Tiber. cap. ult. Dedit et legata plerisque, inter quos Virginibus Vestalibus, ac militibus universis, Plebique Rom. viritim, atque separatim vicorum Magistris.*

Denique erant et quaedam donationes extra ordinem. Svet. *in Aug. cap.* 40. *Comitiorum quoque pristinum jus reduxit, ac multiplici poena coercito ambitu Fabianis, et Scaptiensibus, tribuli-* 9
bus suis, die comitiorum, ne quid a

quoquam candidato desiderarent, singula millia nummum a se dividebat.

Superest id, quod tertio loco proposuimus. Puto J. C. declarasse a liberto institutum clarissimum Virum, quia hoc poterat alicui contrarium suadere. Clarissimi Viri erant Senatores, ut constat ex historicis, et *ex l.* 2. §. *sed Senatores C. de his qui ven. aet. impet. ex l. foemina ff. de Senator. ex l. un. C. de*
10 *Equestr. dign. lib.* 12. Senatori tribus comparari non potest: itaque videbatur intercidisse legatum argum. text. in *l. mortuo bove* §. *Labeo ff. de legat.* 2. *l. multum interest* 34. *ff. de V. O. l. cum servus* 39. §. *ult. ff. de legat.* 1. Nihilominus respondit Scaevola deberi aestimationem tribus. Duae autem sunt rationes. Prima, quia licet Senator tribum consequi non possit, aut nolit; tamen est in ejus commercio, eamque solum capere non potest propter suam conditionem, quo casu debetur aestimatio *l. filiusfam.* 114. §. *si quid alicui ff. de leg.* 1. *l. sed si res aliena* 40. *ff. de*
11 *legat.* 1. Alia ratio est, quia ex iis, quae diximus, legatum tribus simile est legato militiae, vel tesserae frumentariae. Atqui his legatis aestimatio continetur *l. mortuo bove* 49. §. 1. *ff. de legat.* 2. et etiamsi incapaci relicta sint, tamen legatum sustinetur *l. fideicommissa* 11. §. *si servo ff. de legat.* 3.

CAPUT XX.

AD L. IN ILLA STIPULATIONE

8. *ff. de Verb. obligat.*

SUMMARIUM.

I. Dies adjectus conditioni an differat exactionem?
II. Conditionum quot genera, et quod earum discrimen.
III. Dies adjectus conditioni promiscuae differt solutionem.
IV. In stipulatione facti nihil peti potest ante diem adjectum: nec ante committitur stipulatio.
V. Affertur ratio.
VI. VII. Exponitur text. in *l. si in lege* 24. §. *si domus*, et in *l. dominus ff. loc.*
VIII. Cur in locatione exigi possit pensio totius temporis, etiam ante lapsum temporis, si conductor re amplius uti nolit.
IX. Exponitur *l.* 2. §. *qui ita stipulatur ff. de eo quod certo loc.*
X. Exponitur *l. si in lege* 24. §. *colonus ff. loc.*
XI. Locator statim tenetur, si non patiatur frui conductorem.
XII. Exponitur *l. si ita fuerit* 41. §. *si*, *ff. de man. test.*
XIII. Exponitur *l. si quis heres* 72. *ff. de acquir. vel om. hered.*
XIV. Exponitur text. in *l. cum stipulatus* 113. et in *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* Poena quando committi dicatur?

Diximus de die, qui adjicitur dispositioni ad differendam solutionem. Dicendum est modo de die, qui adjicitur conditioni. Dies conditioni adjicitur, cum praescribitur certum tempus, quo existere debeat conditio adjecta dispositioni. Ut puta: *lego Titio centum, si intra biennium navis ab Asia venerit. Si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* Diem adjectum dispositioni 1
differre actionem non dubitatur, ut alias diximus *l. si in annos* 49. *ff. de cond. et dem. l. si dies ff. quan. di. leg. ced.* §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. qui hoc anno* 40. *ff. eod.* Potest igitur dubitari an etiam dies adjectus conditioni differat exactionem, et solutionem: hoc est, an, si conditio ante diem existat, statim peti posset id, quod debetur, an vero dies nihilominus sit expectandus. Finge, navem venire ex Asia ante biennium: quaeritur an statim peti possint centum, an post lapsum biennii. Finge, Stichum ante Calendas mortuum esse: quaeritur an statim peti possint decem, an Calendae sint expectandae. Hac de re agitur in *l. in illa* 8. *et in l. hoc jure* 19. *ff. de verb. obl.* Utramque explicare constituimus.

Interpretes nostri statuunt, tria esse genera conditionum: casuales, potestati- 2
vas, et mixtas. Paulus in *l. si jam facta* 11. §. 1. *ff. de cond. et dem.* duo genera recenset: *promiscuas*, et *non promiscuas*. Promiscuae sunt, quae a No-

stris potestativae appellantur, quasi obviae, et quae passim, et facile possunt impleri; non promiscuae sunt casuales, et mixtae, quas omnes Veteres uno genere comprehendebant; quia omnes in casum collatae sunt. Si conditio sit promiscua, hoc est in potestate, impleta conditione ante diem, nihilominus dies est expectandus *l. in illa stipulatione* 8. *ff. de V. O.* si non sit promiscua, hoc est, in casu consistat, implata conditione, dies non est expectandus *l. hoc jure ff. de V. O.*

Dicamus primum de conditione promiscua. Etiamsi ante diem impleatur haec conditio; tamen nihil ante diem peti posse constat ex nostra *l. in illa stipulatione* 8. *ff. de V. O.* Ibi quidam promiserat, se daturum decem, si Calendis Stichum
3 non dedisset. Stichus ante Calendas mortuus est. Constat, promissorem non daturum Stichum Calendis: et tamen ante Calendas nihil peti potest. Nam licet quoad conditionem committi videatur stipulatio statim a morte Stichi *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. eod.* superest tamen dies, qui omnino est expectandus.

Confirmatur haec sententia in *l. insulam ff. eod. tit.* Quidam promiserat, se aedificaturum insulam intra biennium. Quamvis teneatur in id, quod interest, si non aedificaverit. *l. si poenam* 68. *l. stipulationes non dividuntur* 72. *in princ. vers. Celsus. l. si quis stipulatus* 112. §. *ult. l. si fundum* 114. *ff. de verb. oblig. l.* 1. *ff. de action. empt. l. si quis ab alio* 13. *in princ. ff. de re judic.*
4 Tamen ante biennium nihil peti potest, quamvis tantum residui temporis supersit, quo certum sit, aedificium amplius aedificari non posse.

Item in *l. si eum* §. 1. *ff. si quis caution.* ibi: *Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris periit, certo jure utimur, non ante poenam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.*

Item in *l. item quaeritur* 13. §. *si lege ff. locat.* ibi: *Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare liceret: non ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeterisset.*

Posset etiam confirmari ex *l. stipulationes* 72. §. 1. *ff. de verb. oblig.* sed ibi adjecta erat particula *tum*, quae temporis extremitatem significat *l.* 4. §. 1. *ff. de condit. et demonstr.*

Ratio autem ea est, quod tota obligatio sub conditione, et in diem collata est, et impleta conditione, dies tamen superest *l. in illa* 8. *ff. de verb. oblig.* 5
Nam cum creditor voluerit debitori tempus concedere, ut posset parere conditioni, eidem voluit concedere idem tempus ad solvendum: itaque dies non solum respicit conditionem, sed etiam solutionem. Ut puta, in hac stipulatione: *si Calendis Stichum non dederis, decem dabis?* creditor, qui largitur debitori tempus ad dandum Stichum, multo magis idem tempus largitur ad danda decem: noluit enim dari decem dato Sticho, Stichum autem Calendis dari voluit: ergo iisdem Calendis voluit dari decem.

Multae tamen sunt leges, quibus contrarium videtur posse suaderi. Primum, in *l. si in lege* 24. §. *si domus ff. locat.* et in *l. dominus* 55. §. 2. *ff. eod.* 6
traditum est, eum, qui conduxit domum, vel fundum in quinquennium, si ante quinquennium deseruerit habitationem, vel culturam, statim conveniri posse, ut solvat pensiones totius quinquennii. Ergo tempus non est expectandum. Neque respondari potest cum Bartolo, hoc constitutum esse in contractibus bonae fidei. Etenim etiam in *l. item quaeritur ff. locat.* quam pro alia sententia supra adduximus, agitur de contractu bonae fidei, imo de eadem locatione, et tamen tempus expectabatur.

Secundo, in *l. si ita fuerit* 41. §. *sed si ff. de manum. testam.* servo lega-

ta erat libertas hoc modo: *Si heredi meo mille nummos anno, biennio, triennio solverit, postquam ero mortuus, liber esto.* Servus statim solvit mille nummos, statim liber est, non expectato triennii lapso.

Tertio, in *l. si quis heres* 72. *de acquir. vel omitt. her.* testator heredi praeceperat, ut intra certum tempus adiret hereditatem, et si non adisset, alium ei substituerat. Heres ante tempus illud praescriptum decessit non adita hereditate. Responsum est, substitutum non debere expectare ultimum diem aditionis heredi praescriptum; sed statim adire posse.

Denique, in *l. cum stipulatus* 113. *et in l. ita stipulatus* 115. § 1. *ff. de V. O.* quidam stipulatus fuerat sibi poenam, si opus arbitratu suo ante Calendas perfectum non fuisset. Statim ac constat, ante Calendas opus amplius perfici non posse, poena committitur. Sed poena, et stipulatio committi dicitur, cum peti potest *l. ad diem* 77. *ff. de V. O. l. Jure Civili* 24 *in fin. ff. de cond. et demonstr.*

Ad primum respondetur, *in ea l.* non agi de die adjecto conditioni, sed de die adjecto solutioni, seu potius de die, qui
7 tacite inest ex natura obligationis. Etenim cum merces sit quasi pretium usus, et solvatur ad compensandum rei usum, ex natura mercedis est, ut post usum solvatur. Itaque solutioni mercedis tacite inest ille dies, postquam conductor usus fuerit re conducta. Igitur his dies non conditioni adjectus est, sed solutioni mercedis; quapropter ad rem nostram non pertinet. Imo animadvertendum est, quod in hoc contractu nulla adest conditio, saltem promiscua. Nam si qua conditio inest in contractu locationis, ea est: si locator passus fuerit, conductorem uti re conducta. Videtur enim deberi merces a conductore hac conditione, si locator eum uti patiatur. Nam si locator eum expellat, non solum ipse nihil debet, sed obligatur ipsi locator quanti ejus interest *l. si in lege* 24. § *colonus ff. locat.* At haec conditio non est promiscua; fortuita est quoad conductorem, neque enim in ejus potestate est eam implere, sed in potestate locatoris. Ex quibus eo magis apparet, diem non esse adjectum conditioni: nam dies respicit personam conductoris, qui non nisi praescripto die cogi potest ad solvendam mercedem; conditio vero respicit personam locatoris, a quo est implenda.

Sed, inquiet aliquis, si dies adjectus esset solutioni, non conditioni, utique esset expectandus: nam quod in diem debetur, ante diem non recte petitur *l. si in annos* 49. *ff. de cond. et dem. l. si dies ff. quando di leg. ced. l. qui hoc anno* 42. *ff. de verb. obl.* § *omnis Inst. tit. eod.*

Respondetur, quod cum dies insit ex natura ipsius mercedis, quae solvenda est ad pensandum rei usum, qui usus requirit certum tempus, hoc tempus amplius non est expectandum, cum conductor
amplius re uti nolit. Et locator id, quod 8
exigit, non petit tamquam mercedem usus, sed potius ratione ejus, quod sua interest, *l. dominus* 55. *in fin. ff. locat.* Itaque sublata causa dilationis, nulla causa supererat cur impediatur locator statim petere id, quod sua interest, argum. text. in *l. cum tale* § *Maeviae ff. de condit. et demonstr.* ubi legatum erat Maeviae, si non nupserit, cum morietur: quoniam detrahitur conditio illa, si non nupserit, *l. quoties* 22. *l. sed si hoc* 62. § *ult. et l. seq. l. Titio* 71. § 1. *ff. de condit. et demonstr.* ideo detracta conditione, cujus causa fuerat adjectus dies mortis, detrahitur etiam dies mortis, et legatum statim praestandum est.

At potest opponi, quod adjecto loco, quo solvi pecunia debeat, inest stipulationi dies, quo possit debitor in locum adjectum pervenire *l. interdum ff. de*
verb. oblig. § *loca Instit. tit. eod. l.* 2. 9

alias l. 3. §. *qui ita stipulatur ff. de eo quod certo loc.* Atque adeo dies inest ex natura loci adjecti: ut si quis Romae stipulatur, hodie tibi dari Carthagine, inutilis sit stipulatio *d. l.* 2. §. *qui ita stipulatur.* Ac locus quidem mutari potest, nam qui certo loco se daturum promisit, potest etiam alio loco conveniri *l.* 1. *ff. eod.* Itaque si Romae conveniatur, qui Romae promittit, tollitur omnis causa dilationis: quid enim causae est, cur expectemus tempus, quo possit Carthaginem pervenire, si Romae solvere debet? Et tamen in *d. l.* 2. §. *qui ita* generaliter traditum est, diem expectandum esse. Ergo etiam sublata causa, propter quam dies inest, nihilominus dies est expectandus.

Respondetur, quod ideo in hac specie dies est expectandus, quia causa, cui coheret dies, non ante tolli potest, quam dies praeterierit: quia non debet reo adimi facultas solvendi Carthagine, quam facultatem stipulando sibi quaesivit *l. vero* §. *alia ff. de solut.* Transacto autem tempore, quo potuit solvere Carthagine, si ea facultate usus non sit, creditori a lege conceditur, ut alio loco possit debitorem convenire, ne alioquin sit in potestate debitoris actionem evitare, et eludere creditorem numquam eundo Carthaginem *l.* 1. *ff. de eo quod certo loc.* Hanc autem facultatem conveniendi debitorem alio loco, cum lex concedat ex necessitate, solum concedit urgente illa necessitate: atqui nulla urget necessitas ante diem, neque enim creditor queri potest de dilatione, cum ipse sibi hanc legem imposuerit in contrahendo. Quare cum locus mutari non possit ante diem transactum, nec ipse detrahitur.

Sed ut eo revertamur unde discessimus. Quod diximus de conditione, quae inest obligationi solvendae mercedis, eam non esse promiscuam, sed fortuitam, quia pendet a potestate locatoris, non conductoris, nodum solvere non videtur. Etenim in *d. l. si in lege* 24. §. *colonus ff. locat.* aliud exemplum proponitur, cui non convenit haec responsio. Locator ante quinquennium expulit colonum, colonus totius quinquennii nomine recte aget, statim ac fuerit expulsus. Tenetur 10 locator colono, sub conditione: *si ipsum expulerit*: haec conditio promiscua est. hoc est, in potestate ipsius locatoris, qui impleta conditione futurus est debitor: et tamen lapsus quinquennii non expectatur.

Verissimum est, hanc conditionem esse in potestate debitoris, sed ideo dies non expectatur, quia nullus dies est adjectus, aut tacite inest. Nam locator se 11 obligat, si non patiatur conductorem frui re conducta, nec ullus est dies, qui possit expectari, et in quem solutio differri possit: nam conveniri potest statim ac fecerit contra legem locationis; et cum praestare teneatur frui conductori, statim ac id non praestat, conveniri potest, etiamsi nulla ejus culpa intercesserit *l. si tibi alienam* 7. *cum duab. ll. seqq. l. ex conducto* 15. *in princ. et in* §. 1. *l. si fundus* 33. *ff. locat.* In mercede autem ideo dies inest, quia aut adjicitur a contrahentibus, aut solvenda est post usum, atque operam.

Ad secundum respondeo, duabus de causis triennii lapsum non esse expectandum. Prima traditur in ipsa *l. si ita fuerit* 41. §. *sed si ff. de manum. testam.* ibi: *Compensanda etenim est heredi celeritas libertatis praematurae pecuniarum solutioni.* AEquum igitur non est, heredem et servo uti, et pecunia a servo soluta, contra voluntatem testatoris, qui voluit, servum soluta tota summa ad libertatem pervenire. Eadem confirmantur 12 in *l. statu liberos* 3. §. *quid si servus* 14. *ff. de statu lib.* ibi: *Benignius est eum in libertatem pervenire, cum utriusque providentia infertur, et servi, quatenus maturius in libertatem perveniat, et heredis, quatenus dilatione interempta, illico accipiat, quod post tempus consequi poterit.* Altera causa

indicatur in hac eadem lege: nempe favor libertatis. Observandum est verbum illud *benignius*, quod ad favorem libertatis referri videtur: nam favor libertatis benigniores sententias exprimit *l. paenales* 32. §. *ult. ff. ad Leg. Falcid.* et benigne receptum dicitur, quod favore libertatis est constitutum *l.* 4. §. *ergo ff. de manumission. l. si statu libera* 6. §. *plane ff. de statu lib. l.* 2. *C. de necessar. serv.* Posset etiam dici, diem in ea lege additum fuisse favore legatarii, et summam in plures pensiones divisam ejus exonerandi causa *l. si cum praefinitione* 20. *ff. quando dies leg. ced.* ac propterea a servo posse etiam ante diem solvi *l Jabolenus* 15. *ff. de annuis legat. l. stipulatio ista* 38. §. *inter* 16. *ff. de V. O.* cum similibus. Ne autem heres fruatur simul et pecunia, et servo, benignius receptum esse servum liberum statim fieri: videlicet ex benigna interpretatione voluntatis testatoris, qui si putasset, servum statim posse solvere integram summam, non distulisset libertatem in triennium.

Ad tertium respondeo, diem non esse expectandum, quia ab heredis institutione dies detrahitur, etiamsi nominatim fuerit adjectus §. *heres Inst. tit. de hered. inst. l. hereditas ff. eod. tit.* Praeterea substitutio facta erat sub conditione, si intra certum tempus hares non adisset hereditatem. Haec conditio quoad substitutum fortuita est, pendet enim a
13 facto alterius *l. si quis instituatur* §. *item si ff. de hered. instit.* quoad heredem promiscua est; pendet enim ab ejus potestate: sed heres non est debitor hereditatis, nec substitutus accipit hereditatem ab herede, sed a defuncto. Itaque cum in hac specie nemo sit debitor, cessat ratio, cur dies sit expectandus; neque enim videri potest dies adjectus, ut concedatur debitori tempus ad solvendum, quod tributum erat ad implendam conditionem.

Ad ultimum respondetur, quod ibi poena commissa dicitur, non quia statim peti possit, sed quia jam constat, promissorem in poenam incidisse. Neque enim ibi quaeritur quando poena peti 14
possit; sed an promissor in poenam inciderit, etiamsi a stipulatore tempus ei sit prorogatum. Sic et in *l. in illa* 8. *ff. de verb. oblig.* stipulatio ad conditionem committi dicitur, licet dies supersit, quia cum conditio impleta sit, certum est, reum in poenam incidisse. Ita et in *d. l. cum stipulatus* 113. *ff. eod.* poena commissa dicitur, nempe impleta conditione, sub qua promissa fuit: superest tamen dies *d. l.* 8. Neque obstat, quod poena committi dicatur, cum peti potest; nam tunc committitur cum effectu: at vero quando peti non potest, committi quidem dicitur, licet hactenus sit sine effectu: Sic deberi dicitur id, quod nondum debetur cum effectu, quia nondum peti potest §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. qui hoc anno* 42. *ff. eod.* alibi vero dicitur, non deberi, quia non debetur cum effectu, cum peti non possit *l.* 1. §. 1. *ff. de condit. et demonstr. l. si in annos* 49. *ff. eod. l. un. ff. quand. dies ususfr. leg. ced. l. si Titio* §. *quaedam l. si dies* §. *ult. ff. quand. dies leg. ced. l. interdum* 73. *ff. de V. O.*

CAPUT XXI.

AD L. HOC JURE

10. *ff. de verb. oblig.*

SUMMARIUM.

I. Dies adjectus conditioni non promiscuae petitionem non differt.
II. Affertur ratio discriminis inter utrumque genus conditionis.
III. Exponitur *l. si ita legatum* 103. *ff. de cond. et dem.*
IV. Quando dies non conditioni, sed legato adjectus est, expectari debet.
V. Exponitur *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. et dem.*

VI. Particula *tum* denotat extremitatem temporis.
VII. Exponitur *l. cum heres* 4. §. *servire ff. de status lib.* et n. 8. Dies qui necessario cohaeret conditioni, expectandus est.
VIII. Melioris conditionis esse non debet, qui conditionem non implevit, quam si implevisset.
IX. Exponitur text. in *l.* 3. §. *pen. ff. de statu lib.* Conditio pariendi non includit necessario tempus.
X. Conditio fortuita casu deficiens nec favore libertatis habetur pro impleta.
XI. Certa aetas non facit conditionem favore libertatis.
XII. Exponitur text. in *l. libertis* §. *ab heredibus ff. de alim. leg.*
XIII. Legatum alimentorum non extinguitur morte ejus, cum quo quis morari debebat.
XIV. Exponitur text. in *l. pen. C. quan. dies leg. ced.*
XV. Dies incertus adjectus solutioni non facit conditionem.
XVI. Exponitur text. in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. leg.*
XVII. Dies incertus demonstrationis causa adjectus non facit conditionem.
XVIII. Esponitur *l. cum tale* 72. §. *Maeviae ff. de cond. et dem.*
XIX. Exponitur text in *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. et dem.*
XX. Filium quis diligit magis quam alios. Ei magis primo loco vocatum, quam secundo.
XXI. Quid sit repraesentare fideicommissum?
XXII. Voluntas verbis praefertur.
XXIII. Exponitur text. in *l. a filia* 62. §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.*
XXIV. Si dies adjectus sit favore legatarii, eo deficiente statim solvendum est substitutis.
XXV. Exponitur text. in *l. fideicommissa* 11. §. *si cui ff. de leg.* 3.
XXVI. Mors legatarii non facit conditionem; sed mors alterius.
XXVII. Duabus conditionibus adjectis, utrique parendum.
XXVIII. Particula *quasi* denotat impropriétatem; sed non semper, ut n. 31.
XXIX. Conditio. *Si morte patris sui juris effectus fuerit*, per emancipationem impletur.
XXX. Non deficere conditio dicitur, cum existit; sed vide n. 32.
XXXIII. Proponuntur septem exceptiones regulae propositae: quod dies adjectus conditioni non promiscuae expectandus non sit.

Veniamus ad conditionem non promiscuam, hoc est, mixtam, et casualem, seu fortuitam. In hac contrarium traditum est a Veteribus: videlicet, impleta conditione, statim peti posse quod debetur, nec expectandum diem conditioni
1 adjectum *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O. Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione, si Lucius Titius ante Calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse, sive vivo, sive mortuo id acciderit.*

Ac meo quidem judicio differentiae ratio ea est, quod quando conditio confertur in potestatem debitoris, eique tempus adjicitur, tempus illud non solum respicit conditionem, sed etiam obligationem: nam qui largitur tempus ad implendam conditionem, quam posset multo citius implere, largitur etiam tempus ad solvendum, cum nolit eum cogere ad solvendum, nisi impleta conditione. Contra vero cum conditio in eventum, et 2
casum confertur, eique dies adjicitur, is respicit solam conditionem. Nempe ideo adjicitur, ut eo magis in incertum suspendatur obligatio, quo difficilius est existere conditionem, quam non sufficit existere quandocumque; sed necesse est existere tempore praescripto, ut nascatur obligatio. Ut puta, in hac conditione: *Si intra Calendas Maias Titius in Italiam venerit*, adjectus est dies Calendarum, quo fit, ut conditio sit magis incerta; magis in casum, ac dubium eventum collata, quia, ut impleatur conditio, non sufficit, Titium in Italiam venire quandocumque, sed necesse est veniat intra Calendas Maias. In exemplo autem *l. hoc jure* 10. *ff. de V. O.* quia conditio negativa est, a stipulatore dies est adjectus, ut facilius existat conditio: quia non adjecto die deficeret conditio veniente Lucio Titio etiam post Calendas; adjecto autem die Calendarum conditio existit; etiamsi Titius in Italiam venerit post Calendas. Igitur dies adjectus respicit solam conditionem, et additus est vel ad eam restringendam, vel ad eam laxandam: ac propterea existente conditione tempore praescripto satisfactum est voluntati ejus, qui conditionem, et diem adjecit, cum extiterit conditio eo modo, quo voluit existere: nec ulla causa est, cur diem expectemus, qui non fuit adjectus ad differendam solutionem, quam

differre non potest, nisi adjiciatur eo a-
nimo, ut eo die pecunia solvatur. §. *omnis
Instit. tit. de V. O.*

Verum quia multae sunt causae, ex
quibus contrarium observatur, idcirco
multae sunt leges, in quibus contrarium
videtur constitutum, quas omnes ut ex-
plicemus, tamquam contrarias huic legi
opponemus.

Primum afferri potest text. in *l. si ita
legatum* 103. *ff. de condit. et dem. Si
ita legatum sit: Titio post decem an-*
3 *nos dato, si satis ab herede non exe-
gerit: et Titius intra decimum annum
decesserit, ad heredem suum transmit-
tit legatum, quia moriente eo conditio
existit.*

In hac lege licet J. C. non decernat,
an ab heredibus statim solvendum sit le-
gatum, an vero transacto decennio; non
dubito tamen solvendum esse post lapsum
decennii. Etenim tempus non conditio-
ni adjectum est, sed legato: ait enim te-
stator: *Titio post decem annos dato.*
Adjectus est dies, quo pecunia solvatur,
igitur ante hunc diem solvi non debet
§. *omnis Instit. tit. de V. O. l. si dies ff.
quan. di. leg. ced.* Conditio autem, *Si
ab herede non exegerit satisdationem*,
adjecta est, ut legatarius ab exigenda sa-
4 tisdatione deterreatur metu poenae, et a-
missionis legati, quam satisdationem po-
tuisset exigere cum legatum sit in diem
l. 1. in princ. l. postquam 5. §. *si dies.
l. haec stipulatio* 14. *ff. ut legat. nom.
caveat.* Quamobrem potius conditio ad-
jecta est propter diem, quam dies pro-
pter conditionem. Imo defendi posset,
nullam huic legato conditionem inesse;
cum enim possit a testatore prohiberi sa-
tisdatio, ea frustra petetur, eaque petita
non deficitur conditione legatarius *l. li-
cet* 12. *ff. ut legat. nom. caveat.* nisi te-
stator nec de facto quidem peti voluerit.
Sed illuc redeo. Quando non conditio-
ni, sed legato adjicitur, non debet solvi
legatum ante diem: nam cum et condi-
tio, et dies legato sit adjectus, conditio
suspendit legatum in incertum eventum,
dies vero differt solutionem. Ut si quis
dicat: *Si navis ex Asia venerit, dato
Titio post decem annos.* Etiamsi navis
ex Asia statim veniat; tamen post decem
annos dandum est legatum, quia petitio
in hoc tempus dilata est, *l. ex his ver-
bis C. quando dies leg. ced.* At si dicat:
*Si navis ex Asia venerit intra decem
annos, Titio dato:* solvendum est lega-
tum statim ac navis ex Asia venerit,
quia decennium adjectum est conditioni.
Nempe testator praescripsit tempus, intra
quod existere conditio debet. Cum au-
tem intra illud tempus extiterit, nihil est
cur differamus legatum.

Secundo opponi potest text. in *l.* 4. §.
1. *ff. de condit. et dem.* ibi: *Si ita scri-*
ptum sit: Si in quinquennio proximo 5
*Titio filius natus non erit, tum decem
Sejae heres dato. Si Titius ante mor-
tuus sit, non statim Sejae decem deberi.*

In hac lege dies quidem est adjectus
conditioni, sed differtur solutio legati,
quia idem dies adjectus est etiam lega- 6
to. Particula illa *tum* extremitatem tem-
poris, et ultimum articulum quinquen-
nii significat *d. l.* 4. §. 1. *in fin. l. cum
quidam in princ. ff. de usur. l. pen. ff.
de testam. tut.* Itaque diem adjectum
conditioni repetit in legato; perindeque
est ac si dixisset: *Si in quinquennio pro-
ximo Titio filius natus non erit, post
quinquennium Sejae decem heres dato.*
Igitur solutio legati differtur non vi ejus
diei, qui adjectus est conditioni, sed vi
ejus diei, qui per particulam *tum* repe-
titus est in datione legati.

Tertio contrarius videtur textus in *l.
cum heres* 4. §. *servire ff. de statu lib.* 7
ubi qui jussus erat servire anno Titio,
et sic liber esse, non fit liber ante an-
num, etiamsi Titius ante annum moria-
tur, et conditio pro impleta habeatur,
quia per Titium stetit, quominus im-
pleretur. Similes sunt text. in *l. servus*
34. §. 1. *vers. quid enim. ff. eod.* in *l.
peculium* 20. §. *quaedam ff. eod.* in *l.*

Thias §. *Spendophorus, et* §. *libertatem ff. de fideicomiss. libertat.*

Ad has omnes leges duo sunt animadvertenda. Primum, quod quoties dies ita cohaeret conditioni, ut conditio ante eum diem impleri non possit, dies utique semper est expectandus. Hujus generis est haec conditio: est enim omnino impossibile, ut serviat anno, antequam annus effluat. Qui adjicit hanc conditionem, non solum vult impleri conditionem, sed etiam vult expectari tempus, quod illi conditioni ita coheret, ut separari non possit. Est enim vulgi ore tritum illud: *Qui vult consequens, vult etiam antecedens*, quod ab eo sejungi non potest: et qui non vult, solvi legatum ante expletam conditionem, non vult, solvi ante transactum tempus, quod ad eam implendam est omnino necessarium, et quod ipse sua voluntate inseruit conditioni. Multo aliter se res habet in hac conditione: *Si intra biennium navis ex Asia venerit*; quia potest navis multo ante biennium venire, et statim satisfactum est voluntati testatoris. Et hoc est, quod admonet Paul. in *l. si peculium* 20. §. *quaedam* 5. *ff. de statu lib.* illis verbis: *Quaedam conditiones natura sui nec possunt eodem tempore impleri, sed necessariam habent temporis divisionem: velut cum decem operas jussus est dare: quia operae per singulos dies dantur. Igitur et si singulos aureos det statu liber, potest dici eum implesse conditionem. Alia causa est operarum, quia hae necessario singulae edendae sunt. Sed etsi heres accipere noluerit, non statim liber fiet, sed cum tempus transierit, per quod operarum quantitas consumatur. Idem dicendum est, si jussum Capuam ire, et liberum esse, heres prohibeat ire: tunc enim erit liber, cum pervenire Capuam potuisset. Inesse enim videtur tempus, tam operarum praestationi, quam itineri.* Idem fere traditur in *l. servus* 34. §. 1. *vers. quid enim ff. de statu lib.*

Praeterea animadvertendum est, quod melioris conditionis esse non debat legatarius, qui non implet conditionem, quam esset, si eam implevisset. Licet enim a 8
Jure pro impleta habeatur; tamen majorem vim habere aequum non est, quam haberet, si revera fuisset impleta: nec plus operari debet fictio in casu ficto, quam veritas in casu vero. Recta ad rem nostram Papinianus in *l. mulieri et Titio ff. de condit. et demonstr.* ait: *Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.* Quare si quis mulieri legaverit centum sub conditione, *Si non nupserit intra decem annos dato*: licet conditio, *si non nupserit*, detrahatur; tempus tamen expectatur. Veniamus ad legem nostram. Servus jussus est servire anno Titio, et sic liber esse. Si servisset anno, et conditionem implevisset, non potuisset esse liber ante annum transactum. Mortuo Titio ante annum, servire non potuit: conditio habetur pro impleta, sed tamen ita, ut non ante consequatur libertatem, quam fuisset consecuturus, si conditionem implevisset. Et haec ratio redditur in ipsa lege, ibi: *Etenim absurdum est, maturius eum liberum fieri eum conditionem non implet, quam futurus foret, si eam impleret.*

Quarto contra id, quod primo loco observavimus, potest urgeri in *l.* 3. §. *penult. ff. de statu lib.* Ancillae libertas data erat sub conditiona, si tres liberos peperisset: heres ei medicamentum dedit, ne pareret. Statim libera fit. Et tamen
conditioni cohaeret necessario tempus ge- 9
stationis, ut parere possit.

Facilis est et prompta responsio. Non potest ancilla parere tres liberos, antequam eos in utero gestet. Sed tamen potest eos parere statim a morte testatoris:

potuit enim eos multo ante concepisse. Sic, licet non modicum tempus necessarium sit, ut navis ex Asia veniat; tamen potest venire statim mortuo testatore, si multo ante ex Asia solverit: imo et ante mortem testatoris *l.* 2. *in prin. ff. de cond. et dem.* quin etiam ante factum testamentum *l. haec conditio* 10. *in fin. ff. eod.* Itaque hae conditiones natura sua tempus non continent. At conditio, de qua supra agebamus, omnino tempus includit. Nam qui servire jussus est anno Titio heredi, non potest ei servire vivo testatore, sed computatur annus a die aditae hereditatis *l. si in diem* 46. *ff. de cond. et dem. l.* 3. §. *si quis heredi ff. de statu lib.* igitur omnino est expectandus annus post aditam hereditatem. Quapropter non temere in *l.* 3. §. *penult. ff. de statu lib.* notavit J. C. ancillam, etiam uno partu potuisse tres edere, ut ostenderet, huic conditioni necessario non inesse tempus trium gestationum.

Quinto opponi potest text. in *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. testam.* Quidam legaverat servo suo libertatem, cum Titius ad tricesimum annum pervenisset. Titius mortuus est ante tricesimum an-
10 num. Licet conditio, favore libertatis habeatur pro impleta; tamen servus non statim fit liber, sed expectare debet tempus, quo Titius ad tricesimum annum perveniret, si viveret. Ergo conditione fortuita ante tempus impleta, tempus est expectandum. Respondetur, falsum esse conditionem haberi pro impleta: nam conditio fortuita casu deficiens numquam pro impleta habetur, etiamsi fuerit adscripta libertati *l. cum heres* 4. §. 2. *de statu lib.* Igitur favor libertatis non potest efficere, ut pro impleta habeatur illa conditio: hoc efficit favor libertatis, ut dies ille incertus, qui in aliis legatis
11 conditionem faceret *l. dies incertus ff. de cond. et dem.* in legato libertatis conditionem non faciat. Certa aetas alicujus adscripta conditionem facit *l. si cui legetur* §. 1. *cum duob. seq. ff de legat.* 1. *l. Publius* §. 1. *ff. de cond. et dem.* incertum est enim, an ille sit perventurus ad aetatem legato adscriptam. Favore autem libertatis constitutum est, ut in legato libertatis dies certae aetatis conditionem non faciat, ut libertas debeatur, etiamsi ille, cujus aetas adscripta est, ad aetatem illam non perveniat *l. si servus* 19. *ff. de statu lib. l. fideicommissaria* §. *etiam ff. de fideicomm. libert. l. fideicommissaria* 10. *C. eod. tit.* Legatum igitur, de quo agitur in adducta l. in diem est, non sub conditione, et ideo debetur libertas, etiamsi Titius moriatur ante tricesimum annum. Cum autem sit in diem, non ante potest exigi, quam venerit dies adscriptus *l. si dies ff. quando dies leg. ced. l. si in annos ff. de cond. et dem.* et ideo servus non ante consequitur libertatem, quam veniat dies, quo Titius ad tricesimum annum fuisset perventurus.

Quamquam dies ille faceret conditionem, et conditio haberetur pro impleta; tamen ante illud tempus non posset consequi libertatem, ne maturius ad libertatem perveniat deficiente conditione, quam perveniret ea existente *l. cum heres* 4. §. *servire ff. de statu lib. l. mulieri et Titio* 74. *ff. de condit. et demonstr.* et nos supra exposuimus.

Sexto, similis est textus in *l. libertis* 18. §. *ab heredibus ff. de alim vel cibar. legat.* in qua non agitur de legato 12
libertatis, sed de legato militiae; et tamen idem est constitutum. Testator enim post libertatem servo relictam, rogavit Sejum, ut eidem cibaria, et vestiaria praestaret, at cum ad vicesimum quintum annum pervenisset, militiam ei compararet, si eum ante non reliquisset. Sejus mortuus est ante vicesimum quintum annum. Respondit Scaevola, militiam nihilominus ei comparandam, sed expectandum tempus, quo Sejus, si viveret, ad vicesimum quintum annum perveniret.

Eadem responsio. Ibi agitur de legato alimentorum, ut copiose exposuimus alias ad hujus legis explicationem. Militia enim, hoc est annuus redditus, quem percepturus est ex militia, ei relinquitur, ut possit inde se alere, ut ibi diximus. Quapropter licet adjecta sit illa conditio, *si eum ante non reliquerit;* tamen non deficit haec conditio per mor-
13 tem Seji. Nam si quis alicui relinquat alimenta, quamdiu cum Sejo morabitur, non extinguitur legatum per mortem Seji *l. Cajo §. Imperator ff. de alim. vel cib. leg. l. annua in princ. ff. de ann. legat. l. 1. C. de legat.* In legato autem alimentorum, si per eum steterit, qui praestare debebat alimenta, quominus legatarius cum eo moretur, etiamsi id acciderit per mortem, tamen conditio pro impleta habetur *ex dd. ll.* adeoque legatum non ante praestandum est, quam praestaretur, si vere impleta fuisset, ut supra diximus.

Accedit et alia ratio. Testator voluit subrogare militiam in locum alimentorum. Alimenta debentur liberto donec Sejus perveniat ad vicesimum quintum annum, et usque ad hoc tempus debentur, etiamsi Sejus ante sit mortuus. Igitur si militia deberet ei comparari statim ac moritur Sejus, utrumque libertus haberet eodem tempore, et militiam, et alimenta, quod est contra mentem testatoris. Sed haec pluribus exposuimus ad hujus legis explicationem. Posset etiam considerari, hanc conditionem esse ex genere earum, quibus necessario inest, et coheret tempus, qua de re supra diximus.

Septimo, non est omittendus text. in *l. penult. C. quando dies legat. ced.* ibi: *Ex his verbis: do, lego Æliae Severinae, et Secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum sta-*
14 *tum pervenerit. Si Ælia Severina, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, ad heredem suum actionem transmittit: scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum aetatis implesset.* Non agitur hic de legato libertatis: adjecta est conditio illa, *cum ad legitimum statum pervenerit;* et tamen tempus est expectandum.

Etsi non agatur de legato libertatis; tamen hoc quoque legatum in diem est, non sub conditione, et verba illa, *cum ad legitimum statum pervenerit,* non conditionem faciunt, sed diem solummodo continent. Id autem ex ipsa lege probari potest. Supponitur, legatariam de- 15
functam esse antequam ad legitimum statum perveniat: et nihilominus ea viva cessisse diem legati. Atqui dies legati conditionalis non cedit ante conditionis eventum; nec legatum ad heredem transmittitur *l. si post diem 5. §. sed si sub conditione ff. quando di. leg. ced. l. 3. C. eod. l. intercidit in princ. ff. de cond. et dem.* Ideo autem hoc legatum non est conditionale, sed in diem, quia certa aetas non est adjecta legato, sed jus solutioni. Neque enim testator ita legavit: *Æliae Severinae, cum ad legitimum statum pervenerit, decem lego;* sed ita: *Æliae Severinae decem lego; quod legatum accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit.*

Dies autem solutioni adjectus potest quidem suspendere solutionem, cui adjectus est: non potest tamen suspendere legatum, et obligationem, cui adjectus non est; itaque non efficit legatum conditionale, sed in diem. Similia exempla sunt in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebellian.* in *l. a filia §. alumnô ff. eod.*

Octavo, opponi potest *l. uxori 35. ff. de usufr. leg.* Vir uxori legavit usumfructum fundi in quinquennium a die mortis suae, et peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desisset, tunc fundum legavit libertis suis. Huic legato adscriptus est dies quinquennii: adscripta est etiam conditio illa, *cum ususfructus* 16
ejus esse desisset: mortua est uxor ante

quinquennium, cujus morte impleta est conditio, quia ususfructus extinguitur §. *finitur Instit. tit. de usufr. l.* 3 §. *ult. ff. quib. mod. ususfruct. amit. l.* 3. *l. si domina* 10. *l. ambiguitatem* 12. *et l. corruptionem* 16. *C. de usufr.* Quaesitum est, an statim fundus libertis reddi debeat, an expectare debeant finem quinquennii. Responsum est, reddi non debere ante finem quinquennii.

Respondetur, ibi legato fuisse adjectum solum diem, ac tempus quinquennii, nullam autem conditionem; et ideo tamquam legatum in diem ante diem peti non potest *l. si dies ff. quando dies leg. ced. l. si annos* 49. *ff. de cond. et demonstr.* §. *omnis Inst. tit. de verb.*
17 *oblig.* Neque enim conditionem faciunt illa verba: *cum ejus ususfructus esse desierit.* Etenim haec verba referuntur ad quinquennium peractum, quo tempore ususfructus uxoris esse desinet. Igitur ea verba sunt adjecta demonstrative, non ad inferendam conditionem. Et hoc significant: *peracto quinquennio, quo tempore uxoris esse desinet ususfructus*: haec demonstratio nihil afficit; nam quod rei satis demonstratae adjicitur frustra est *l.* 1. §. *si quis ff. de dot. prael.* Quapropter verba illa vim solius demonstrationis habent, non conditionis.

Similis est textus in *l. cum tale* §. *Maeviae ff. de condit. et dem.* ibi: *Maeviae, si non nupserit, cum morietur lego. Potest dici eam, etsi nupserit, confestim ad legatum admitti. Non idem probatur, si certus dies, incertusve alius*
18 *legato fuerit adscriptus.* Quod discrimen est inter diem mortis, at alios dies? Illud nimirum, quod modo indicabimus. Dies mortis in hoc legato habet vim solius demonstrationis, et frustra adjectus est, et ideo non est expectandus. Etenim conditio illa, *si non nupserit*, cum posita sit in non faciendo, solum per mortem impletur, quia quamdiu quis vivit, facere potest, quod prohibitus est. *l. si ita* 103. *l. Titio fundus ff. de cond. et dem. l. ult. ff. de cond. inst. l. si in personam C. de fideicomm. l. ita stipulatus* 115. §. 1. *et* §. *item si quis ff. de V. O.* §. *sub conditione Inst. tit. eod.* Quapropter testator verba illa, *cum morietur*, non adjecit animo diei adscribendi legato, sed ut declararet tempus, quo impleri poterat conditio, *si non nupserit.* Detracta igitur conditione, *si non nupserit*, cujus causa adjecta erant illa verba, ea sunt omnino supervacua, nec differunt legatum in tempus mortis.

Praeterea in *d. l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat.* adjecta erat particula *tunc*, quae ultimum articulum temporis significat *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. et dem. l. cum quidam in princ. ff. de usur. l. pen. ff. de testam. tut.* Idque uberius exposuimus, cum ad secundum argumentum respondimus.

Nono, opponi potest *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. et dem.* Ibi mulier filium habens legavit quaedam praedia Septiciae, eamque rogavit, ut, cum filius ad sexdecim annos pervenisset, praedia illa ipsi 19
restitueret, et si filius sexdecim annos non implesset, ea redderet Publio Maevio, et Cajo Cornelio. Filius sexdecim annos non implevit: quaesitum est, an praedia statim restituenda essent; an eo tempore, quo filius fuisset perventurus ad decimum sextum annum. Respondit Marcellus, restitutionem in hoc tempus prorogandam. Ergo licet conditio sit impleta; tamen quia tempus continet, tempus illud est expectandum.

In promptu est responsio, eaque nobis ab ipsa lege suppeditatur. In conditionibus primum locum obtinet voluntas testatoris, eaque regit conditiones *l. in conditionibus* 19. *in princ. ff. de cond. et dem.* Testatrix in hac lege voluit, praedia illa ad Septiciam pertinere usque ad illud tempus, quo filius fuisset perventurus ad sexdecim annos: ergo sive ea restituenda essent filio, sive Publio Maevio, et Cajo Cornelio, voluit toto illo tempore Septiciam frui praediis illis. Imo tan- 20

to minus praesumitur, voluisse restitui secundis substitutis ante illud tempus, quanto quisque magis diligit filium, quam alios: et magis diligit eos, quos vocat in priori gradu, quam eos, quos vocat in gradu sequenti *l. quoties ff. de usufruct.* Testatrix toto illo tempore praeposuit Septiciam ipsi filio, et filio, quem primo loco vocaverat in substitutione: ergo multo magis praeposuit aliis, qui filii non erant; aliis, quos post filium vocaverat, quos filio postposuerat. Qui praefertur illi, qui alium praecedit, multo magis praefertur alteri, qui praeceditur. Et hoc significat J. C. illis verbis: *Etenim videri contra voluntatem testatricis, repraesentationem fideicommissi desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quam ad puerum pervenire potuisset. Et verba quidem videntur repraesentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturius voluerit testatrix ad substitutos id transferre.*

His verbis recte perpensis impugnari potius, quam confirmari videtur sententia adversariorum. Ait J. C. *et verba* 21
quidem videntur repraesentare fideicommissum. Repraesentare fideicommissum est praesens, et ad manum dare, non differre in diem solutionem. *l. cum hi* 8. §. *eam transactionem ff. de transact. l. si pure* 37. et *l. Thais* 41. §. 1. *ff. de fideicom. libertat. l. si constante* 24. §. *quoties ff. solut. matrim. l.* 1. §. *et verum. l. cum quis in princ. ff. de dot. praeleg.* Sveton. in *Calig. Legata ex testamento Tiberii, quamquam abolito, sed et Liviae Augustae, quod Tiberius suppresserat, cum fide, ac sine calumnia repraesentata persolvit.* Et in *Claudio*: *Repraesentans pro opera dignam cuique mercedem.* Igitur si verba testatricis essent attendenda, dies non esset expectandus, sed praesens, et ad manum solvi deberet fideicommissum. An proinde in aliis causis, in quibus non repugnat voluntas testatoris, dies non
22 expectatur. Voluntas autem verbis praefertur *l. in conditionibus* 19. *l. pater Severinam* 101. *in princ. ff. de cond. et dem. l. heredes mei* §. 1. *ff. ad S. C. Trebell.* et ideo hoc contra naturam conditionis expectatur.

Sed impugnari posset haec responsio per text. *in l. a filia* §. *alumno ff. ad S. C. Trebell.* Ibi quidam legavit alumno certam pecuniam, eamque recipi a Sempronio mandavit, et solvi alumno certas usuras usque ad vicesimum annum, deinde alumni fidei commisit, ut si sine liberis decederet, partem restitueret Sempronio, partem Septiciae. Alumnus mor- 23
tuus est intra annum vicesimum. Respondit Scaevola, statim peti posse fideicommissum. Ergo non est absurdum maturius pervenire fideicommissum ad substitutum, quam ad primo loco vocatum. Ad alumnum non pervenisset, nisi transacto tempore certae illius aetatis: ad substitutos pervenit statim.

Animadvertendum est, quod in hac lege dies non fuerat adjectus favore debitoris, sed favore legatarii creditoris. Neque enim testator distulit solutionem pecuniae in commodum, et favorem debitoris, cum ab eo voluerit solvi usuras pecuniae alumno creditori: sed distulit in favorem ipsius alumni, a quo in illa tenera aetate noluit pecuniam disperdi ac dissipari. Similia exempla proponun- 24
tur in *l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* in *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebellian.* in *l. cum pater* 77. §. *curatoris ff. de legat.* 2. Si dies adjectus esset in favorem debitoris, solvi ante diem illum nec substitutis quidem deberet, ut diximus ex *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de condit. et demonstr.* Cum vero sit adjectus in favorem alumni creditoris, statim est restituendum substitutis: tum quia locum non habet argumentum praedilectionis, quo supra usi sumus: tum quia respicit personam ipsius alumni, ejusque personae cohaeret hic favor: adeoque ejus personam non egreditur *l. quia tale ff. solut.*

matrimon. l. legatum 95. *ff. de cond. et*
dem. tum quia substituti sunt ejus aeta-
tis, ut possint pecuniam recte admini-
strare: deficiente autem causa, propter
quam dies fuerat adjectus, dies quoque
detrahitur, ut capite superiore demon-
stravimus luculente.

Decimo opponi potest *l. fideicommissa*
§. si cui ff. de legat. 3. *Si cui ita fuerit*
fideicommissum relictum, si morte pa-
tris, sui juris fuerit effectus: et eman-
cipatione sui juris factus sit, non videri
defecisse conditionem. Sed et cum mors
patri contingat, quasi existente condi-
25 *tione ad fideicommissum admittetur.* Con-
ditio igitur existit per emancipationem fi-
lii: sed tamen quia conditioni tempus
erat adjectum, nempe mors patris, non-
dum debetur fideicommissum, sed mors
patris est expectanda, ut ad fideicommis-
sum admittatur.

Est plena difficultatis haec lex; atque
ideo paulo uberius est explicanda. Vi-
dentur proposito fideicommisso quodam-
modo adjectae duae conditiones. Altera
continetur, ut filius sui juris efficiatur:
altera, ut pater moriatur. Mors patris
conditionem facit. Licet enim mors le-
gatarii non efficiat legatum conditionale,
quia non potest existere post mortem
26 ipsius legatarii *l. heres meus in princ.*
ff. de condit. et dem. tamen aliorum
mors adjecta legato conditionem facit *l.*
heres meus 79. *§.* 1. *ff. eod. l. hujusmo-*
di 13. *in fin. ff. quando dies leg. ced.*
quia incertum est; an vivo legatario mo-
27 riturus sit, an post ejus mortem. Cum
autem duae conditiones adjectae sunt,
utrique parendum est, et nisi utraque
extiterit, non possumus legatum consequi
l. si heredi 5. *ff. de condit. Instit.* In
hac nostra lege prima conditio impletur
emancipatione, quia emancipatione fit sui
juris. Et ideo recte ait Jurisconsultus:
non videri defecisse conditionem filio
emancipato. Non quidem extitit omnino
conditio, quia pater nondum mortuus
est, sed tamen non defecit, quia par-
tim extitit, partim existet morte patris.
Cum vero pater morietur, tunc quasi
existente conditione filius admittetur ad
fideicommissum. Non existit morte pa-
tris conditio, quia morte patris non fit
sui juris filius, cum jam sui juris es-
set: sed quasi existit, hoc est, comple-
tur eventus conditionis, atque perficitur.
Nam sive duae erant conditiones, si-
ve potius una conditio duas partes, et
duo facta continens, coepit conditio e-
xistere, cum filius emancipatus est, ex-
pleta autem est morte patris. Dubita-
ri poterat, an haec conditio per partes
impleri posset, et an filio emancipato de-
fecisset conditio: quia non poterat filius
sui juris effici morte patris. Mens Ul-
piani est, eam posse per partes imple-
ri: et ideo emancipato filio non dixit ex-
titisse conditionem, sed eam non defecis-
se: supererat enim alia pars implenda.
Moriente autem patre, non dixit extitis-
se conditionem, quia vere tunc non ex-
titit, sed absoluta est, atque perfecta:
sed dixit, *quasi extitisse:* particula *qua-*
si improprietatem indicat *l.* 2. *ff. de inoff.* 28
testam. §. constituitur. vers. ergo In-
stit. tit. de usufr. l. 2. *ff. de usufr. ear.*
rer. l. si serva 39. *in princ. ff. de ju-*
re dot.

Haec explicatio videtur maxime con-
venire verbis Ulpiani. Mihi tamen non
satisfacio, quia repugnat sententiae ejus-
dem Ulpiani, quam aliis locis luculen-
ter exposuit. Idem Ulpianus tamen in *l.*
si ita 15. *ff. quando dies leg. ced.* quam
in *l. mulier* 22. *in princ. ff. ad S. C.*
Trebell. proponit fideicommissum relictum
sub hac ipsa conditione, et respondet fi-
liis emancipatis statim deberi, quia eman-
cipatione conditio extitit. Et in *l. mulier* 29
allegat super hac re decretum Divi Mar-
ci. Et ratio est, quia verba illa; *morte*
patris, adjiciuntur a testatore, qui non
sperat, patrem emancipaturum filios: cae-
terum si hoc sperasset, ea verba non
adjecisset *d. l. mulier* 22. Etenim testa-
tor qui legat filiofamilias, ideo apponit

illam conditionem, ut filius legatum sibi acquirat, non patri *l. duos* 70. *ff. de cond. et dem.* Quocumque autem modo fiat sui juris filius, legatum sibi acquirit pleno jure: ac propterea impletur voluntas testatoris concedendo legatum filio cum emancipatur. Igitur licet verba testatoris aliud significare videantur; tamen voluntas potius, quam verba sunt consideranda *l. pater Severinam* 101. *in princ. ff. de cond. et dem.* Supra quoque, ut responderemus octavo argumento, ostendimus, quod tempus adjectum conditioni, aut conditio adjecta tempori, rei declarandae causa, nullam vim habet, et frustra adjicitur. Verba illa, *morte patris*, adjiciuntur, ut declaretur quando filius sui juris efficiatur: ac propterea nullam vim habent.

His animadversis, ne dicamus, Ulpianum pugnantia inter se scripsisse, et tam bardum fuisse, ut a se ipso dissenserit, dissenserit a decreto D. Marci; affirman-
30 dum est, emancipatione conditionem illam extitisse: idque traditum etiam in nostra *l. fideicommissa* 11. §. *si cui ff. de leg.* 3. Nec verba legis repugnant: ait enim, *non videri conditionem defecisse*; hoc est, conditionem videri extitisse. Sic enim accipitur passim in Jure nostro *l. multa* 6. §. 1. *ff. de cond. et dem. l. quae sub conditione. §. mortuo ff. de condit. Inst.* nam conditio, quae non defecit, extitit: cum deficere, et existere adversentur *l. Titio* 21. *ff. de usufr. leg.*

Expendamus jam verba, quae subsequuntur: *Sed et cum mors patri contingat, quasi existente conditione ad fideicommissum admittetur.* Observandae sunt particulae illae, *sed et*; quae significant, *sed etiam, quin etiam.* Particula *et* saepe significat *etiam l. 1. C. de novat. l. 1. C. de compens. l. quod diximus in fin. ff. quod met. caus.*

Virgil. *lib.* 2. divini operis:

—— quorum Iphitus aevo
Jam gravior, Pelias et vulnere tardus, Ulyssi.

Idem alibi:

Natus et ipse Dea.

Quintil. *Tamen si quid adversus te commisit adolescens, sit hostis et meus.* Plin. *lib.* 7. *cap.* 30. *Sed et nostrorum gloriam percenseamus.* Igitur *sed et* significat *sed etiam*, ut in *l.* 2. *in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocat.* Quamobrem hoc docemur in adducta lege, quod non solum conditio illa existit emancipatione, sed etiam morte patris. Recte Bartol. in *l. patri n.* 2. *ff. de vulg. et pupill.* ait, particulas *sed et* significare diversitatem facti, et identitatem Juris. Utrovis igitur modo sit impleta conditio, sive emancipatione, sive morte patris, filius ad fideicommissum admittitur, nec post emancipationem mors patris est expectanda *l. mulier* 22. *ff. ad S. C. Trebell. l. si ita* 15. *ff. quando di. leg. ced.*

Nec obstat, quod dixerit Ulpianus: *quasi existente conditione*: cum revera non improprie existat conditio, si morte patris filius efficiatur sui juris. Etenim licet vox illa, *quasi*, aliquando improprietatem notet; tamen saepenumero in Jure nostro adjicitur, cum traditur ratio, cur aliqua in re ita sit constitutum. Quapropter verba illa, *quasi existente* 31
conditione, continent rationem, cur etiam morte patris admittatur ad fideicommissum filius: nempe, quia existit conditio. In eadem significatione vox haec usurpatur in *l. verum est* 63. §. *si cum tres ff. pro soc.* in *l. constitutionibus* 33. *ff. de oblig. et act.* in *l. si vero* 5. §. *haec autem vers. quippe ff. de his qui effud. vel dejec.* in *l. si debitori* 47. *in princ. ff. de fidejuss.* Imo adjicitur etiam par-

ticula *quasi*, cum res consideratur, qua talis est. Sic alicui quasi liberto legari dicitur, cum ei legatur, qua libertus est: hoc est, cum testator ideo ei legat: quia libertus est, et quatenus libertus est *l. falsa* §. *sed si cui ff. de condit. et dem.* Et liberari dicitur quasi fidejussor, qui liberatur qua fidejussor est: videlicet tamquam fidejussorio nomine obligatus, non tamquam obligatus alia de causa *l.* 5. §. *ult. ff. de liber. legat.* Igitur *quasi existente conditione*, potest significari, quod conditio extiterit, qua talis est, et quatenus, et quomodo adjecta fuit a testatore. Cum filius emancipatur, conditio quidem non deficit, quia interpretamur, voluisse testatorem etiam in hunc casum filiofam. legare: sed tamen non existit eo modo, et quatenus adjecta fuit a testatore. Et ideo hoc casu non dixit Ulpianus extitisse conditionem, sed eam non defecisse: qua formula uti solent Jurisconsulti, cum conditio quidem non deficit, et debetur legatum; sed tamen non est
32 impleta eo modo, quo eam testator adscripsit *l. quae sub conditione* 8. §. *mortuo ff. de cond. Instit. l. mulier ff. de cond. et dem.* Cum vero filius sui juris efficitur morte patris, tunc vere conditio existit, quasi conditio, quia existit adamussim, sicut a testatore fuit adscripta.

His expositis, constat, verissimum esse, quod in conditione non promiscua, cui dies adjectus est, ea impleta, dies non est expectandus. Argumenta autem omnia, quae attulimus, referuntur ad quasdam exceptiones hujus regulae, quas Pragmatici limitationes appellant, quas modo breviter perstringemus.

Prima igitur est, si dies vere non sit adjectus conditioni, sed ipsi legato et obligationi: tunc enim omnino est expectan-
33 dus, ut in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat.* in *l. si ita legatum* 103. *ff. de cond. et demonstr.*

Altera est, si legati solutioni adjecta sit aliqua particula extremum temporis articulum denotans, veluti *tum*, *tunc dato*, ut in *l.* 4. §. 1. *ff. de cond. et dem.* in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. legat.*

Tertia est, si legatum vere sit in diem: non sub conditione, vel favore libertatis, et alimentorum, vel quia dies incertus sit adjectus solutioni legati, ut in *l. si ita scriptum* 16. *ff. de man. test.* in *l. pen. C. quando di. leg. ced.*

Quarta est, si non dies conditioni sit adjectus, sed conditio propter diem adscripta, ejus declarandi causa, ut in *l. si ita legatum* 103. *ff. de cond. et dem.* in *l. uxori* 35. *ff. de usufr. leg.* et in *l. fideicommissa* 11. §. *si cui ff. de legat.* 3.

Quinta est, si dies ita cohaereat conditioni, ut sine illo conditio impleri non possit, ut in *l. cum heres* 4. §. *servire ff. de statu lib.* in *l. servus* 34. §. 1. *v. quid enim l. si peculium* 20. *ff. eod.* in *l. Thais* §. *Spendophorus*, et §. *libertatem ff. de fideic. lib.*

Sexta est, si conditio vere impleta non sit, sed a Jure pro impleta habeatur, quae cohaeret cum superiore: nam tunc locum habet haec exceptio, cum conditio desiderabat certum tempus, et ante illud tempus defecit, sed a Jure pro impleta habetur, ut in *d. l. cum heres* 4. §. *servire ff. de statu lib. cum similibus*, et in *l. libertis* 18. §. *ab heredibus ff. de alim leg. l. si ita scriptum* 16. *ff. de manum. testam.*

Septima est, si aliqua conjectura possimus assequi, eam fuisse mentem testatoris, ne ante diem legatum praestetur, ut in *l. Publius* 36. §. 1. *ff. de cond. et dem.* et *l. libertis* §. *ab heredibus ff. de alim. vel cibar. legat.*

CAPUT XXII.

AD L. 1. *ff. de legat.* 2.

SUMMARIUM.

I. An legalum et institutio conferri possint in alienam voluntatem?
II. Modestinus Ulpiani discipulus.
III. Legatum conferri posse in alterius arbitrium veluti conditionem, significat solum tacite conferri posse.
IV. Conditio semper tacite confertur in alienam voluntatem, et n. 6.
V. Aliud est, conferre in alienam voluntatem conditionem: aliud, legatum.
VII. Legatum aliquando tacite, aliquando expresse confertur in alienam voluntalem.
VIII. Magis repugnal legatum conferri in voluntatem heredis, quam tertii. Legatum tacite, et in voluntatem tertii, et heredis conferri potest.
IX. Exponitur *l. nonnumquam ff. de cond. et dem.* et conciliatur cum *l.* 1. *ff. de leg.* 2.
X. Quantum inter se differant conditiones: *si voluerit*, et *si adscenderit*, et *non adscenderit*.
XI. Conditio; *si adscenderit*, implenda est ubi primum potest impleri.
XII. Utraque conditio continel voluntatem Titii: non utraque validum facit legatum;
XIII. Libertas fideicommissaria committi potest voluntati heredis.
XIV. An et voluntati extranei?

Modestinus in *l. nonnumquam ff. de cond. et dem.* nos docet in alienam voluntatem conferri legatum non posse, et inutiliter hoc modo legari: *Si Maevius voluerit, Titio decem do.* Idem de heredis institutione responsum est a Pom-
1 ponio in *l. si quis Sempronium* 68. *ff.*
de hered. instit. Ratio est, quia testamentorum jura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere *l. illa institutio in princ. ff. eod. tit.*

Contra Ulpianus in *l.* 1. *in princ. ff. de legat.* 2. ait, legatum conferri posse in alterius arbitrium, et voluntatem. Verba legis haec sunt: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest: quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* Multi Interpretes, et quidem acutissimi, has leges omnino contrarias esse arbitrantur, et Ulpianum ab aliis Jurisconsultis dissensisse. Ego contra existimo, omnes idem sensisse, idem dixisse: ac Modestinum in *l. nonnumquam ff. de condit. et dem.* sententiam Ulpiani in hac nostra lege significatam paulo obscurius, explicare perquisitius, ac diligentius voluisse. Fuit enim Ulpia-
ni discipulus Modestinus *l. si quis uxori* 52. § *si quis asinum ff. de furt.* 2

Ait Ulpianus: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest.* Quid significant haec verba? Nempe hoc: quod legatum conferri potest in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur, aut conferri potest conditio. Nec aliter, salva ratione Latini sermonis, haec verba possumus interpretari. *Quo ex judicio, velut ex incendio, nudus effugit*, dixit olim Cicero in Clodium. Et Horatius:

Crescit, occulto velut arbor aevo,
Fama Marcelli.

Sed frustra tam perspicue interpretationi majorem lucem conamur afferre. Quoniam igitur legatum conferri potest in alterius arbitrium eodem modo, quo confertur conditio, videndum est, quomodo conferatur conditio in alienam voluntatem: nam eodem modo conferri poterit etiam legatum. Dico igitur, quod conditio numquam nominatim et expresse confertur in alienam voluntatem, sed
semper tacite: imo, quod repugnat na- 3
tura ipsa, et formula conditionis, quae non patitur, ut expresse in alienam voluntatem conferatur. Itaque cum in hac lege Ulpianus nos doceat, quod legatum conferri potest in alterius arbitrium eodem modo, quo conditio, id ipsum nos docet, quod Modestinus in *d. l. nonnumquam*: videlicet, quod legatum tacite, non expresse conferri potest in alienam
voluntatem. Demonstrandum est igitur, 4
conditionem semper tacite conferri in alterius voluntatem, numquam expresse: imo nec expresse conferri posse natura ipsius conditionis repugnante.

Separatum quiddam est a conditione legatum. Legatum continet id, quod est

a testatore relictum. Conditio continet factum, quo suspenditur id, quod est re-
5 lictum a testatore. Itaque aliud est, in alienam voluntatem conferre legatum: aliud, conferre ipsam conditionem. Quapropter recte Ulpianus in hac lege separat, atque distinguit legatum collatum in alterius arbitrium a conditione in ejusdem arbitrium collata. Legatum confertur in alterius arbitrium, cum legatum ipsum immediate (ut ita dicam) pendet ab alterius voluntate. Conditio vero in alterius arbitrium confertur, cum factum illud, quo legatum suspenditur, ab aliena voluntate pendet. Dicam planius, si potero. *Lego Titio centum, si Cajus in Capitolium adscenderit*: Hic ipsa conditio collata est in voluntatem Caji. Conditio est factum adscendendi: factum adscendendi pendet a voluntate Caji. Igitur conditio ipsa pendet a voluntate Caji, in ejus voluntatem est collata. Rursus ponamus hoc modo legatum fuisse: *Lego Titio centum, si Cajus voluerit*. Hic legatum ipsum collatum est in voluntatem Caji, non vero conditio. Etenim id ipsum, quod relinquitur a testatore, committitur voluntati Caji. Conditio vero non est collata in voluntatem Caji: nam in conditione nullum factum positum est distinctum, ac separatum a voluntate Caji, a qua pendere debeat: Voluntas Caji est ipsa conditio. Nihil autem refertur ad se ipsum, sed unumquodque refertur ad aliud quod sit ab ipso distinctum. Itaque non potest dici in voluntatem Caji conditio; sed legatum ipsum. Legatum enim conditionale confertur in eventum conditionis adjectae: atqui eventus adjectae conditionis est voluntas Caji: igitur legatum ipsum collatum est in Caji voluntatem, non conditio. Scio non semper haec in Jure nostro distingui; quare conditio illa, in qua nominatim exprimitur voluntas aliena, aliquando dicitur collata in alienam voluntatem, licet revera non ipsa conditio, sed legatum sit collatum, aut obligatio, ut in *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O. l. in venditis C. de contrah. empt. l. in personam* 22. §. *generaliter ff. de Reg. Jur.* Plerumque tamen hoc modo in alterius voluntatem conferri dicitur legatum ipsum; ipsa obligatio; seu, quod idem est, alienae voluntati committi. *l. illa institutio* 32. *in princ. ff. de hered. instit. l. nonnumquam in fine ff. de cond. et dem. l. Senatus* 43. §. *legatum ff. de leg.* 1. *l. fideicommissa* 46. §. *quamquam ff. de fideicomm. libert. l. fideicommissa* 11. §. *quamquam in fin. ff. de leg.* 3. *l. haec venditio* 7. *l. si in emptione* 34. §. *si emptio ff. de contr. empt. l.* 2. §. *non utique*, *alias l.* 8. *ff. de eo quod certo loc.* Praeterea cum in nostra *l.* 1. Ulpianus distinguat legatum collatum in alterius arbitrium a conditione in alterius arbitrium collata: utique nulla alia inter haec duo potest excogitari differentia.

Quibus constitutis satis constat, conditionem semper tacite conferri in alienam voluntatem: expresse autem nullo mode posse. Nam aut in conditione est expressa volontas, aut non est expressa. Si non est expressa voluntas, ut in hoc
legato: *Lego Titio centum, si Cajus in* 6
Capitolium adscenderit: tacite conditio collata est in voluntatem Caji *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. instit. l. nonnumquam in princ. ff. de cond. et dem.* Si vero sit nominatim expressa voluntas in conditione, legatum ipsum collatum erit in voluntatem Caji, non conditio; ut supra probavimus, et constat ex *d. l. nonnumquam in fin.* et ex *l. illa institutio in princ. ff. de hered. inst.* Verissimum est igitur, eam esse naturam, et, ut ita dicam, conditionem conditionis, ut solum tacite conferri possit in voluntatem alienam.

Progrediamur ultra. Conditio solum tacite confertur in alienam voluntatem: legatum aliquando confertur expresse, aliquando tacite. Expresse confertur hoc
modo: *Lego Titio centum, si Cajus vo-* 7

luerit. Tacite confertur hoc modo: *Lego Titio centum, nisi Cajus noluerit*, argumentum textus in *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum ff. de leg.* 3. Nam verba illa: *nisi Cajus noluerit*, sic interpretantur, *si Cajus non repugnaverit*, *non contradixerit*, *cum primum peterit. d. l. vers. et primam.* Item tacite confertur legatum in alienam voluntatem hoc modo: *Lego Titio centum, cum Cajus voluerit.* In hoc enim legato tempus exprimitur, et tacite subest conditio voluntatis *l. si Titio* 22. *in princ. vers. nec interest. ff. quan. dies leg. ced.* Sciendum igitur est, quod legatum est inutile, si in alienam voluntatem conferatur expresse *l. nonnumquam in fin. ff. de cond. et dem.* si vero collatum sit in alienam voluntatem tacite, illis modis, quos nunc proposuimus, valebit legatum. Etenim illis modis conferri potest legatum etiam in voluntatem ipsius heredis *l. fideicommissa* 11. §. *sic* 5. *ff. de leg.* 3. *et* §. *hoc autem* 6. *ejusd. legis. l. fideicommissa* 46. §. *quamquam ff. de fideic. libert. l. uxorem* 41.
8 §. *pen. ff. de leg.* 3. magis autem repugnat legato voluntas heredis adjecta, quam extranei *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. quia nulla obligatio conferri potest in voluntatem debitoris *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. et act. l. stipulatio* 17. *l. a Titio* 108. §. 1. *l. centesimis* 46. *in fin. ff. de V. O. l.* 7. *ff. de contr. empt. l. in vendentis* 13. *C. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc.* cum hoc repugnet naturae ipsius obligationis, quae necessitate debet adstringere debitorem *princ. tit. Inst. de oblig. l.* 3. *ff. de oblig. et act.*

His expositis, facilis est nostrae legis interpretatio. *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio potest.* Conditio confertur in alterius arbitrium solum tacite, ut probavimus: ergo si legatum conferri potest in alterius arbitrium, sicut conditio, ipsum quoque legatum conferri poterit solum tacite. Nempe iis modis, quos modo recensuimus; non autem expresse. Hoc et verissimum est, et confirmat communem sententiam, non eam labefactat. Quia vero haec ab Ulpiano dicta erant paulo brevius, atque obscurius, idcirco Modestinus ejus studiosus eadem haec dilatavit, et descripte, ac luculenter digessit in *l. nonnumquam*
ff. de cond. et dem. Ac primum pro- 9
posuit exemplum conditionis collatae in alienam voluntatem, docuitque, legatum utile esse: quia licet pendeat ab aliena voluntate; tamen voluntas in conditione non est expressa nominatim, uno verbo, quia conditio, non legatum erat collatum in alienam voluntatem. Deinceps subjicit exemplum legati collati in alienam voluntatem, et hoc inutile esse docet ea de causa, quia legatum in alienam voluntatem conferri non potest: ut nos doceat, quod in superiori exemplo erat utile legatum, quia non ipsum legatum erat collatum in alienam voluntatem, sed conditio legati. Denique subjicit regulam illam, quam et initio constituerat, quod expressa nocent, non expressa non nocent, ut intelligamus, etiam legatum ipsum tacite conferri posse in alienam voluntatem.

Nunc reliqua deinceps legis verba sunt explicanda. Ait Ulpianus: *Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* Haec verba si referamus ad legatum, et generaliter interpretemur, nihil interesse inter has formulas, et adjectiones: *Si volueris, et si in Capitolium adscenderis*, falsam omnino sententiam continent.
Multum enim interest inter has duas con- 10
ditiones. Si centum promittas sub hac conditione, *si volueris*, nulla contrahetur obligatio *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. et act. l. centesimis in fin. ff. de V. O.* Si vero promittas sub hac conditione, *si in Capitolium adscenderis*, contrahetur obligatio, cum contrahatur etiam sub conditione, *si non adscenderis l. veluti* 27. §. 1. *l. quicquid* 99. §. 1. *l. ita sti-*

pulatus 115. § 1. *ff. de V. O.* Rursus, si instituas heredem sub conditione, *si Titius voluerit*: nulla erit institutio: at si instituas sub conditione, *si Titius in Capitolium adscenderit*, utilis erit institutio *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. inst.* Neque vero existimandum est, tam bardum fuisse Ulpianum, ut non intelligeret, quantum haec duo inter se differant. Legatum confertur in eventum conditionis: in illa, conditionis eventus est ipsa voluntas Titii; in hac, est factum adscendendi, non voluntas: in illa, statim ac Titius voluerit, legatum debebitur; in hac, etiamsi maxime velit legatum deberi, tamen non debebitur, nisi in Capitolium adscendat. Atqui ne adscendat multa in causa esse possunt. Potest morbo impediri, distineri negotiis, vel, dum piget illum adscendere, et procrastinat, mori, quod evenisse proponitur in *l. ult. vers. quod si non adscendisset ff. de cond. instit.* Finge etiam, Titio legatum ab alio relictum fuisse sub conditione, *si in Capitolium non adscenderit*, ut in *l.* 3. *ff. de leg.* 2. utique in Capitolium non adscendet, ut sibi legatum debeatur. Etenim etiamsi vellet, alteri quoque legatum deberi; tamen mavult, alium legatum amittere, quam se
11 ipsum. Finge mille alias causas: nam ut Titius in Capitolium adscendat, sine ejus incommodo fieri non potest, praesertim quia haec conditio implenda est statim, ac potest impleri *l. haec conditio* 29. *ff. de cond. et demonstr.* At vero ut Titius velit, sine ullo ejus incommodo fit: itaque adjecta hac conditione ipse omnino arbiter est, et quasi dator legati, quod est contra naturam ultimarum voluntatum *l. illa institutio ff. de hered. instit.* Praeterea multo magis pendet a voluntate conditio illa, *si in Capitolium non adscenderit*, quam haec, *si in Capitolium adscenderit*: facilius est enim non adscendere, quam adscendere; et tamen etiam illa conditio multum differt a conditione, *si voluerit*, nam si quis promittat sub conditione, *si voluerit*, non obligatur; obligatur autem, si promittat sub conditione, *si non adscenderit in Capitolium*: ut modo probavimus.

Alia igitur horum verborum investiganda est interpretatio. Ea verba, quantum arbitror, ab Ulpiano videntur adjecta ad explicandum id, quod ante dixerat subobscure. Dixerat, legatum conferri posse in alterius arbitrium, eodem modo, quo confertur conditio. Dubitari poterat quomodo conditio conferatur in alterius voluntatem, ita ut differat, et distinguatur ab ipso legato in alterius voluntatem collato. Quod quia non est ita perspicuum, nos pluribus supra explicavimus, cum id nemo, quod sciam, animadverterit. Ulpianus autem more veterum Jurisconsultorum paucis verbis idem indicavit. Proposuit enim exemplum conditionis collatae in alterius arbitrium, cujusmodi est illa: *si Titius in Capitolium adscenderit*; quod proponitur etiam a Modestino in *l. nonnumquam in princ.*
ff. de cond. et dem. Ut autem ostende- 12
ret, hanc conditionem collatam esse in voluntatem Titii, dixit: nihil interesse, *si Titius in Capitolium adscenderit, mihi legetur, an, si voluerit.* Nihil interest quoad comprehendendam voluntatem Titii, et efficiendum, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem: sed quod valeat legatum, multum interest. In illa voluntas est expressa; in hac voluntas non est expressa; sed tamen et ipsa voluntatem continet, quia tacite inest. Sic in *l. quodcumque* 45. § *non solam ff. de V. O.* Idem Ulpianus ait: quod nihil interest, dicat quis, *cum veneris*, an *si veneris*; *cum morieris*, an *si morieris*: quia in hac formula conditio est expressa: in illa vero tacite inest *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quan. dies leg. ced.* Caeterum quoad actum, cui adjiciuntur, multum interest inter has duas particulas, *cum*, et *si*. Etenim si promittam sub conditione, *si volueris*, inutilis est stipulatio: si vero promittam, *cum volue-*

ris, valet stipulatio *l. centesimis* §. *si ita cum seq. ff. de V. O.* Sic *in nostra lege* 1. nihil interest inter utramque conditionem, quoad voluntatem Titii, quae utraque conditione continetur; non quod utrumque legatum valeat. Nam hoc legatum, *si Titius voluerit*, inutile esse putabat etiam Ulpianus. Conjectura id assequi possumus considerando sententiam ejusdem Ulpiani in *l. fideicommissa* 46. *ff. de fideicomm. libert.* Nulla res est tanto favore digna, quanto est libertas: itaque licet nullum legatum possit conferri in voluntatem, et nutum heredis; tamen conferri potest libertas fideicom-
13 missaria, ut ait Ulpianus in *d. l. in princ.*
Deinde quaerit, an eodem modo libertas
fideicommissaria conferri possit in voluntatem extranei, et in hoc videtur haesitare, ac titubare: respondet anim bis verbis: *mihi videtur posse dici valere libertatem, quia conditio potius est.* Quae dubitatio, quanta haesitatio, tractusque verborum? Proinde quasi non sufficiat favor libertatis, quaerit adminicula, quibus fulciat sententiam suam, videlicet,
14 quod voluntas aliena sit adjecta tamquam
conditio, tamquam aliquis eventus, tamquam aliquod factum. Quibus animadversis, constat, Ulpianum in alio legato multo aliter responsurum fuisse. Nam si alia quoque legata recte conferrentur in alienam voluntatem, quis de libertate posset dubitare? Quae amentia esset, si haesitaret in legato libertatis ille, qui in aliis legatis sine haesitatione responderat, posse in alterius arbitrium conferri? Praesertim cum ille ipse Ulpianus paulo ante dixerit, libertatem conferri posse in voluntatem heredis, in quam nullum aliud legatum conferri potest. Haec sunt, quae ad explicationem hujus legis, si non ad mentem Ulpiani, saltem dilucide, quantum natura rei ferebat, a nobis exponenda esse duximus.

CAPUT XXIII.

AD L. SUB HAC

8. *ff. de oblig. et act.*

SUMMARIUM.

I. Sub conditione, *si volam*, nulla contrahitur obligatio.
II. Contractus non ante perficitur, quam si impleta conditio.
III. Giphanius reprehenditur.
IV. Harprechti sententia reprobatur.
V. Ex contractu conditionali fingitur initio nata obligatio.
VI. Cujacius reprehenditur.
VII. Qua in re differant hae duae conditiones: *si volam*, et *si voluero*.
VIII. Qui contrahunt sub his conditionibus non habent animum obligandi.
IX. Contractus simulati nullam vim habent.
X. Conditiones in praesens, vel in praeteritum collatae statim perimunt obligationem, si falsae sint.
XI. Conditio, quae semel defecit, amplius impleri non potest.
XII. Conditio, quae personae cohaeret, ab alio impleri non potest.
XIII. Conditiones praedictae cohaerent personae promissoris.
XIV. Quantum hac in re differant contractus a legatis.

Quoniam supra diximus, obligationem conferri non posse in voluntatem debitoris, quae sententia cum stabiliri, tum infirmari videtur *l. sub hac* 8. *ff. de oblig. et act.* idcirco eam explicare operae pretium esse ducimus. Est autem multo difficilior, quam plerique opinantur, et multo aliter exponenda, quam Doctissimi Viri arbitrantur.

Ait Pomponius: *Sub hac conditione,*
si volam, nulla contrahitur obligatio:
pro non dicto enim est, quod dare,
nisi velis, cogi non possis. Hactenus re- 1
cte: et consentit cum aliis Jurisconsultis
in *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O.* in *l. centesimis* 46. *in fin.* in *l. a Titio* 108. §. 1. *ff. eod.* in *l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc.* in *l.* 7. *ff. de contr. empt.* in *l. in vendentis* 13. *C. eod. tit.* in *l. Senatus* §. *legatum ff. de leg.* 1. sed verba, quae sequuntur, non solum aliorum sententiae videntur esse

contraria, sed etiam cum ipsius Pomponii sententia dissidere. Ait enim: *Nam nec heres promissoris ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur: quia haec conditio in ipsum promissorem numquam extitit.* Ideo non tenetur heres promissoris, quia conditio defecit, quia promissor numquam dare voluit: ergo si non defecisset conditio, si promissor dare voluisset, teneretur heres, et contracta fuisset obligatio. Est hoc fortissimum argumentum *l. 1. in princ. ff. de officio ejus cui mand.* Est hoc commune omnibus conditionibus. Ideo enim non nascitur obligatio ex contractu, cui adjecta est cujusquemodi conditio, quia conditio non extitit *l. si quis* 37. *in fin. ff.*
2 *de contr. empt.* nam contractus non ante perficitur, quam sit impleta conditio *l.* 7. *in princ. ff. eod. tit.* Non differt igitur haec conditio ab aliis conditionibus: sed aliae conditiones contractibus recte adjiciuntur §. *omnis, cum duobus seqq. Inst. tit. de V. O.* ergo non minus recte adjicietur haec conditio. Quid igitur est, quod ait J. C. *initio legis*: sub hac conditione nullam contrahi obligationem.

Ciphanius putat, in hac secunda legis parte Pomponium tractare de eo, qui promisit sub conditione, *cum voluerit*, quae conditio non infirmat stipulationem;
3 deficit tamen moriente promissore, antequam velit *l. centesimis* §. *si ita ff. de V. O.* Hoc quia perspicue falsum est, non attinet refutari. Numquam ei, qui verba legis accurate consideravit, hoc poterit persuaderi.

Harprechtus, Vir in primis copiosus, et doctus, ait, inutilem esse stipulationem, sed si promissor voluerit, existente conditione convalescere. Omitto pervulgatam illam regulam: *Quod initio non valet, tractu temporis non convalescit.*
4 Absurdum videtur, ut conditio illa, quae adjecta omnino infirmat stipulationem, eamdem confirmet existens. Si existente conditione nascitur obligatio, falsum est, quod dixit J. C. *Sub hac conditione nullam contrahi obligationem.* Omnis conditio suspendit obligationem, donec existat *l. cedere diem ff. de V. S. l. legata* 41. *ff. de cond. et dem.* sed cum 5
retrotrahatur in contractibus ad tempus celebrati contractus, initio contracta videtur obligatio *l. necessario* 8. *in princ. ff. de peric. et comm. rei vend. l. sub conditione* 16. *ff. de solut. l. filiusfam.* 78. *ff. de V. O. l. potior* 11. §. 1. *ff. qui pot. in pig. hab.* spectamus enim id tempus, quo contrahimus *l. non omne* 144. §. 1. *ff. de Reg. Jur.* Falsum est igitur, nullam contrahi obligationem, cum vel ab initio contracta videatur. Exemplum autem ab Harprechto allatum ad rem non pertinere vel caeci videant.

Doctissimus Cujacius docet, hanc stipulationem inutilem non esse. Discrepant enim inter se hae duae conditiones *si volam*, et *si voluero*; haec semper 6
infirmat stipulationem, cui adjicitur: illa non infirmat stipulationem, si existat ante mortem promissoris, nec obstat obligationi.

Si haec approbamus, qua ratione tuebimur, ac defendemus Pomponium, qui initio legis affirmat, nullam contrahi obligationem, et pro infecta haberi stipulationem? Quid? an non alii omnes clamant, in voluntatem debitoris conferri non posse obligationem? an debeat, in voluntate debitoris poni non posse? non posse a voluntate debitoris statum capere promissionem *l. stipulatio* 17. *ff. de V. O. l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt. l.* 7. *in princ. ff. eod. l.* 2. §. *non utique ff. de eo quod cert. loc. l. a Titio* 108. §. 1. *ff. de V. O.* Discrepant quidem quoad electionem 7
hae duae conditiones, *si volam*, et *si voluero*. Illa tractum quemdam habet, et infinitum tempus comprehendit: haec momento temporis consumitur, et primam voluntatem demonstrat, quia quiddam praeteriti temporis habet admixtum. Itaque qui promisit, se daturum servum,

quam *volet*, potest semper mutare electionem, donec aliquem servum dederit. At qui promisit, se daturum servum, quem *voluerit*, electionem mutare non potest, et tenetur eum dare, quem semel elegerit: quia jam voluit, et solus actus voluntatis stipulatione continetur sine tractu temporis infiniti, quo actu perfecto, iterum velle non potest *l. si quis* 112. *ff. de V. O.* Sed haec nostrae legi non possunt accommodari. Neque enim minus repugnat naturae, et necessitati obligationis haec, quam illa conditio. Non quaerimus, an mutari possit voluntas; sed, an posita sit in voluntate debitoris obligatio. Conditio illa, *si volam*, eo magis in mea voluntate ponit obligationem, quo magis liberam continet voluntatem: possum enim semper eam mutare, et adhuc liber sum, etiam postquam voluero.

Dicam ego quod sentio, ita tamen, ut meam sententiam nulli praelatam velim. Duo sunt, quae, meo judicio, docere nos voluit Pomponius in hac lege. Primum est, quod adjecta hac conditione, contrahi non potest obligatio, non solum quia haec conditio repugnat naturae obligationis, sed etiam quia contrahentes nolunt contrahere obligationem. Nam neque ille, qui stipulatur sub conditione,
8 *si debitor voluerit*, habet animum obligandi promissoris, neque promissor habet animum se obligandi, qui promittit se daturum, *si voluerit*. Ludunt, et jocantur contrahentes, non revera contrahunt: nam sine animo, et proposito contrahendi obligatio non contrahitur *l.* 3. §. *ult. ff. de oblig. et act. l. nuda ff. de contr. empt.* Itaque nec contractus imaginarii, et simulati ullam vim habent
9 *d. l. nuda, et l.* 1. §. *Divi fratres ff. de quaest. l. creditor* 20. *C. de don. inter vir. et uxor. l. cum ea C. de transact. l. si ex pretio C. si cert. pet. l. si obligatum C. de solut.* Varro *lib.* 5. *de Ling. Lat. Non spondet statim, qui dixit, spondeo, si jocandi causa dixit: neque agi potest cum eo ex sponsu.* Simile quid de conditione impossibili Maecianus respondit in *l. non solum ff. de oblig. et act.* Adjecta conditione impossibili contrahentes non obligantur: quia procul dubio ejusmodi est eorum cogitatio, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Sic apposita conditione; *si volueris*, aut, *si voles*, nihil agi existimant contrahentes, et nolunt contrahere obligationem. Quamobrem haec conditio statim deficit, quia statim certum est, nolle obligari promissorem; et proinde statim quoque nulla est stipulatio, ut accidit in conditionibus in praesens, vel in praeteritum tempus collatis, quae, si falsae sint, statim 10
perimunt obligationem §. *conditiones Inst. tit. de V. O. l. conditio* 100. *ff. de V. O. l. cum ad praesens* 37. *cum seqq. ff. de reb. cred.* Haec voluit significare Pomponius in *nostra lege*, cum ait: *pro non dicto enim est; quod dare, nisi velis, cogi non possis.* Videlicet pro infecto habetur contractus, cum desit animus se obligandi, sicut pro infectis habentur, quae simulantur *l. cum ea C. de transact. l. si ex pretio C. si cert. pet.* Deinde subdit, quod haec conditio in ipsum promissorem numquam extitit, qui numquam dare voluit: quibus explicat, promissorem non habuisse animum se obligandi, numquam dare voluisse, statim defecisse conditionem; quia dare non vult, qui ita promittit.

Atque huc referendum esse puto; quod traditur de fidejussoribus. Fidejussor in alienam obligationem accipi non potest, non potest debere id, quod non debet principalis debitor *l. si ita* 42. *l.* 8. §. *si quis Stichum ff. de fidejuss.* Itaque si reus principalis promiserit Stichum, aut Pamphilum, fidejussor autem promittat Stichum, utilis erit fidejussio *l. hi qui* 34. *et l.* 8. §. *contra ff. de fidejuss.* Ita tamen, ut pendeat fidejussio; nam si reus principalis voluerit solvere Pamphilum, quem non promisit fidejus-

sor, non erit obligatus fidejussor. Contra vero si reus principalis promiserit decem, aut Stichum, statim est inutilis fidejussio *d. l.* 8. §. *si quis Stichum, et l. si Stichum* 38. *ff. de fidejuss.* Non expectatur hic, ut fidejussor eligat Stichum, quem non debet principalis: quia initio praesumitur, hunc elegisse, et noluisse se obligare, qui hoc modo contraxit. Sic in eo, qui promisit se daturum, *si volet*, non expectatur ut velit, statim nolle praesumitur; statim deficit conditio; et cum semel defecerit, amplius impleri non potest
11 *l. Thais* 41. §. *intra ff. de fideic. lib. l. pupillorum C. de adm. tut.*

Est et aliud quiddam, quod nos voluit docere Pomponius in hac lege, ut proposuimus; videlicet, hanc conditionem injunctam esse personae promissoris, eique cohaerere, ita ut ab alio impleri non pos-
12 sit, nec ab ipso ejus herede. Promissor non tenetur iis de causis, quas modo diximus. Heres autem promissoris alia quo-
13 que de causa non tenetur, quia conditio personae promissoris erat injuncta, et cum in ipsum non extiterit, ab ejus herede non potest impleri. Itaque etsi stipulatio natura sua esset utilis; tamen non tenetur, quia morte promissoris deficeret conditio *l. si ita expressum* 69. *ff. de cond. et dem.* Explicat hanc Pomponii sententiam Paulus in *l. centesimis* §. *si ita ff. de V. O.* ubi ait, quod si quis ita stipuletur: *cum volueris, dabis*, quidam putarunt, utilem esse stipulationem: sed evanescere, si moriaris, antequam te velle constituas: idque verum esse. Est utilis haec stipulatio; et tamen heres promissoris non tenetur, quia ipse conditionem implere non potest. Et hoc est, quod monere voluit Pomponius in secunda parte legis nostrae: nempe, quod heres, multo minus tenetur, quam promissor: nam etsi conditio illa non corrumperet stipulationem; tamen heres ejus promissoris, qui numquam voluit, non potest obligari, quia conditio injuncta est personae promissoris.

Neque hoc temere admonuit. Sed primum, ut intelligamus, etiam in caso, quo valet similis stipulatio: tamen heredem non teneri, si promissor numquam voluit: qui casus refertur a Paulo in *d. l. centesimis*.

Praeterea, ut ostenderet quantum contractus differrent a legatis. In his enim 14
si debitor, antequam moriatur, non constituat, se velle solvere fideicommissum, heres ejus statim tenetur ad solvendum *l. fideicommissa* 11. §. *hoc autem*, et *l. uxorem* §. *Scaevola ff. de leg.* 3. Itaque in contractibus morte debitoris deficit conditio: contra in fideicommissis morte debitoris extitit.

CAPUT XXIV.

AD L. OBTINUIT

3. *ff. de cond. et dem.*

SUMMARIUM.

I. Conditionum impossibilium genera.
II. Conditiones natura impossibiles quae; et an detrahantur?
III. Conditio impossibilis natura vitiat contractus: et quare? n. 4.
IV. Differentia inter contractus, et ultimas voluntates.
V. Testatoris maxime interest suam voluntatem exitum habere.
VI. Jus Civile vigilantibus scriptum est.
VII. Jus Civile favore testatorum aliquando inducit aliquid contra eorum mentem.
VIII. Lex Falcidia favore testatorum, et heredum lata.
IX. Longissimum tempus, quo quis vivere non possit, detrahitur.
X. Statu liber ab alio manumissus non Romanam, sed Latinam libertatem consequebatur.
XI. Quidam dabant libertatem in tempus mortis, ne servus umquam posset ad libertatem pervenire.
XII. *Millies* quanta summa; et an faciat impossibilem conditionem.
XIII. Reprehenditur Chesii expositio.
XIV. Falsae conditiones quae, et earum genera.
XV. Conditiones, quae semper falsae fuerunt, detrahuntur.
XVI. Item, quae falsae factae sunt, aut ante conditum testamentum, aut per heredis institutionem.
XVIII. Detrahuntur etiam conditiones, quas testator falsas esse ignoravit.
XIX. Aufertur legatum, et donatio manumisso, qui natales repetiit.

XXII. Conditio reddendi tabulas vi ipsa continet liberationem.
XXIII. Conditio haec non est impossibilis, etiam tabulis non exstantibus, nisi cum heres debitor non est.
XXIV. Conditio, quae falsa esse incipit post conditum testamentum, non detrahitur.
XXV. Aliud est *detrahi conditionem*: aliud eam *non deficere*, aut pro impleta haberi.
XXVI. Conditio restituendi res in decem datas impletur restituendo quicquid superest.
XXVII. Periculum rerum dotalium aestimatarum pertinet ad maritum: et quare, n. 28.
XXIX. Conditio jurisjurandi remittitur, et resolvitur in modum, adeo ut legatum non sit amplius conditionale, et factum implendum sit solum, si potest.
XXXI. Viventis nulla est hereditas: nec recipit aestimationem.
XXXII. Æstimatio, quanti plurimi, respicit tempus praeteritum, non futurum.
XXXIII. An conditio pro impleta habeatur, cum per legatarium non stetit, quominus impleatur.
XXXIV. Si conditio post mortem testatoris fiat falsa, non detrahitur, sed aliquando pro impleta habetur.
XXXV. Conditiones Jure improbatae sunt impossibiles: quot earum species: detrahuntur etiam ex testamento militis.
XXXVI. Aliquando improbatur a Jure conditio: aliquando ipsa dispositio.
XXXVII. Cum improbatur dispositio, ipsa corruit: vide exempla.
XXXVIII. Vitiosa, et impossibilis dispositio valere non potest: et quando sit ejusmodi.
XXXIX. Cur non valeat dispositio captatoria, perplexa, et in alienam voluntatem collata.
XL. Dies aliquando reddit dispositionem impossibilem.
XLI. Imo potius reddit impossibilem solutionem, quia dies non efficit substantiam dispositionis.
XLII. Cum habetur pro non scripta solutio praecepta a testatore, succedit necessitas solvendi juxta naturam obligationis.
XLIII. Angustiae temporis reddunt nullum contractum, et quare?
XLV. Conditiones turpes, quae neque legibus, neque bonis moribus repugnant, non remittuntur.

Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. Brevis, et clara lex, sed magnis controversiis implicata: propterea perspicue est explicanda. Conditiones, quae
1 pro nullis habentur, aut impossibiles sunt, aut falsae, aut contra jus: vel, ut cum nostris loquar, quaedam sunt impossibiles natura, quaedam ex suppositione, quaedam Jure.
2 Impossibiles natura sunt, quibus natura impedimento est, quominus possint existere §. *si impossibilis Inst. tit. de inutil. stipul.* Harum hujusmodi exemplum in Jure nostro proponitur: *si digito coelum tetigeris*: ut in *d. §. si impossibilis*, et in *l. cum in secundo in fin. ff. de injust. rupt.* Veteres Scriptores *digito coelum attingere* dicebant eos, qui ad summam insolitae felicitatis fastigium videbantur evecti. Eleganter Cicero ad Atticum: *Nostri autem Principes digito se coelum putant attingere, si mulli barbati in piscinis sunt, qui ad manus accedant.* Horat.

——— *Sublimi feriam sidera vertice.*

Lysimachus devicta Thracia, cum ad eum Byzantio legati venissent, dixisse fertur: *Nunc ad me veniunt Byzantii, cum hasta coelum tango.* Argute respondit Pasiades: *Abeamus hinc, ne cuspide coelum perforet.*

Nostri vero Juris Conditores haec verba naturaliter acceperunt, et impossibilem conditionem continere statuerunt *d. §. si impossibilis, et d. l. cum in secundo*: et ideo pro non scriptis habenda esse in testamentis, cum impossibiles conditiones detrahantur ab ultimis voluntatibus, et pro non adjectis habeantur *l. obtinuit* 3. *ff. de cond. et demonst. l.* 1. *ff. de cond. inst. §. impossibilis Inst. tit. de hered. inst.*

Duo tamen occurrunt, quae homines etiam in Jure exercitatos impediunt, et nutare cogunt in hac sententia defendenda. Primum, exemplum contractuum, 3
quos inutiles esse adjecta impossibili conditione certo certius est *l. non solum ff. de oblig. et act. l. impossibilis* 7. *ff. de V. O. §. si impossibilis Inst. tit. de inut. stip. l. si sub impossibili* 29. *ff. de fidejuss.*

Sed hunc nodum dissolvit Maecianus in *l. non solum ff. de oblig. et act*, ubi 4
discrimen inter contractus, et ultimas voluntates nobis indicat his verbis: *Quia in ea re, quae ex duorum, pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spe-*

ctatur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Haec ratio non convenit ultimis voluntatibus, quae solius disponentis voluntate constant, non duorum, pluriumve consensu. In ultimis voluntatibus ille, cujus maxime interest valere dispositionem, videlicet heres, aut legatarius, non intervenit dispositioni, ut possit impedire, ne testator adjiciat impossibilem conditionem: et quamvis interveniret, id impedire non posset, quia in ultima dispositione ejus voluntas non spectatur. In contractibus maxime interest ejus, qui se obligat, ne contractus valeat: adeoque facile praesumitur, eum obligari noluisse. In altero contrahente facile etiam admittitur praesumptio, eum nihil agere voluisse, ea de causa, quia consensit adjectioni conditionis impossibilis, quam sciebat existere non posse. In defunctorum dispositioni-
5 bus contraria omnia. Testatoris maxime interest voluntatem suam exitum habere *l. et quia ff. de interr. act.* §. *licet Inst. tit. quib. manum. non lic. princ. tit. Inst. de Leg. Falcid.* adeoque praesumi non potest, eum inutiliter disponere voluisse. Maxime quoque interest ejus, cui aliquid in testamento relinquitur *l. potest heres ff. ad Leg. Falc.* sed non potest ei imputari, cur consenserit conditioni impossibili, quia nec intervenit, nec spectatur ejus voluntas in ultima dispositione.

Concurrit etiam favor ultimae voluntatis. Neque enim is sum, qui hac in re Bartholum, et alios reprehendam. Poterat enim lex improbare dispositionem, tamquam ab homine non sanae mentis factam *l. 2. et l. 5. in fin. ff. de inoffic. testam. princ. tit. Inst. eod.* Eleganter Terentius in *Heautont. act. 2. scen. 3.*

Siquidem id sapere est, velle te id, quod non potest contingere.

Maluit autem praesumere conditionem incaute excidisse. Poterat nihilominus, etiam admissa hac praesumptione, non approbare dispositionem. Sibi enim imputet testator, si incaute, et inconsulto di-
sposuit: nam Jus Civile vigilantibus scri- 6
ptum est, *l. pupillus 24. ff. quae in fraud. credit.* Haec omnia insuper habuerunt Jurisconsulti Veteres, ut faverent tum testatoribus, tum haeredibus, et aliis, quibus aliquid sub hujusmodi conditione fuerat in testamento relictum. Animadvertebant enim, legem ipsam aliquando favore tam testatorum, quam haeredum aliquid statuere contra voluntatem defuncti.
Exemplo sit Lex Falcidia, quae inducta 7
est contra sententiam testatorum *l. Titia*
86. *in fin. ff. ad Leg. Falcid.* favore ta- 8
men eorumdem testatorum *princ. tit. Inst. de Leg. Falcid.* et etiam heredum *l. potest ff. eod.* Quanto magis igitur ad servandam ultimam voluntatem praesumi debet, conditionem incaute testatori, et turbato cogitatione mortalitatis excidisse: eique venia danda est: nec ejus incogitantiae imputandum est, quod sibi consultius non providerit.

Alterum est Pauli responsum in *l. cum heres* §. *non est statu liber ff. de statu lib. Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore, quo manumissus est, vivere non possit: aut si tam difficilem, imo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit: veluti si heredi millies dedisset, aut cum moreretur, liberum esse jussisset: sic enim libertas inutiliter datur: et ita Julianus scribit: quia nec animus dandae libertatis est.* Duae hic
conditiones impossibiles proponuntur. Lon- 9
gissimum tempus, quo vivere non possit is, qui manumissus est. Hujusmodi tempus detrahi solet *l. si mihi 12.* §. *si quis servos ff. de leg. 1.* sed haec vitiat legatum libertatis, quo nullum est favorabilius. Altera est conditio: *si millies dederit*: quam pene impossibilem dicit Jurisconsultus, conficit enim viciea quinquies centena millia nostrorum scutorum.

Hic autem monendum, quod et alias indicavimus, perperam quosdam legere *mille*, aut *decem millia*: nam sub hac conditione libertas recte datur, ut videre est apud Ulpianum *in fragm. tit. de statu lib.* §. *sub hac conditione.*

Haec omnia, quae libertati obstare videntur, favore ipsius libertatis sunt introducta. Atque ut hoc demonstremus, duo sunt praemittenda. Primum, quod
10 si statu liber ab alio manumitteretur, non Romanam, sed Latinam libertatem consequebatur *l. un.* §. *sed etsi sub conditione C. de Latin. libert. toll.* Fiebat enim Latinus, non Civis Romanus, et quamvis viveret tamquam liber; tamen ultimo vitae momento in servitutem redigebatur, et patronus, tamquam dominus, omnia ejus bona occupabat *d. l. un. in princ. et* §. *sed scimus, et* §. *sed et qui, et* §. *illud etiam, et* §. *similique modo.* Praeterea praemittendum est, quod olim introductum fuerat dare libertatem servis in tempus mortis, ne illi possent
11 umquam ad Romanam, et veram libertatem pervenire; nam si in vita ab alio fuissent manumissi, Latinam solum libertatem consequebantur, hoc est, quodammodo in pristina servitute remanebant, ut ait Justinianus in *l. un.* §. *sed et qui domini C. de Lat. libert. toll.* adeoque solebant domini hoc modo libertatem dare, non animo dandae libertatis, sed potius ejus impediendae, ne servi umquam ad libertatem pervenirent. Haec luculenter explicat Pomponius in *l. ult. ff. de manum. testam.* ubi etiam hunc modum dandae libertatis comparat illi, cum testator heredi interdicit, ne pendente conditione servum manumittat.

His probe constitutis, facilis est expositio laudatae legis. Vitiosum est legatum, nec valet datio libertatis, quia testator non habet animum dandae libertatis, ibi: *quia nec animus dandae libertatis est*: dat enim libertatem sub ea conditione, quam scit vivo servo non extituram. Habet igitur animum impediendae libertatis: haec enim conditio efficit, ne umquam ad veram libertatem possit pervenire, etiamsi ab alio manumittatur, ibi: *ut aliunde ei libertas obtingere non possit.* Cessante animo, et voluntate testatoris, non potest consequi libertatem: et ideo non detrahitur conditio. Favore autem libertatis constitutum est, inutile esse legatum, ne libertas impediatur, et aliunde possit obtingere.

Animadvertendum autem est, eas conditiones non esse impossibiles. In primo legato potius impossibile est ipsum legatum, quam conditio. Tempus enim extiturum est, sed tunc libertas obtingere non poterit. Sed de hoc infra dicemus. In secundo legato conditio est quidem difficilis, ac pene impossibilis, non tamen vere impossibilis; adeoque non est 12
ejus generis conditio, quae detrahi debeat. Difficile est millies dare, non impossibile. Senec. *lib. 1. natural. quaest.* de quodam Hostio: *Hunc divitem avarum, sestertium millies servum, Divus Augustus indignum vindicta judicavit, cum a servis occisus esset, et tamen non pronuntiavit jure caesum videri.* Id. *lib. 2. de Benefic. cap. 27. Cn. Lentulus Augur, divitiarum maximum exemplum, antequam illum libertini pauperem facerent: hic quater millies sestertium suum vidit.* Deinceps subdit: *Hic cum omnia incrementa sua D. Augusto deberet, ad quem attulerat paupertatem, sub onere notabilitatis laborantem, Princeps jam Civitatis et pecunia, et gratia, subinde Augusto solebat queri, dicens, se a studiis abductum. Nihil tantum in se congestum esse, quantum perdidisset relicta eloquentia.* Qui possedit quater millies, et a libertinis factus est pauper, potuit servo millies dare, ut libertatem consequeretur. Plin. *lib. 33. cap. 10. M. Crassus negabat, locupletem esse, nisi qui redditu annuo legionem tueri posset. In agris suis sestertium bis millies possedit. Quiritium post Syllam ditissimus. Multos*

postea cognovimus, servitute liberatos, opulentiores, pariterque tres Claudii principatu, Pallantem, Callistum, et Narcissum; Idem Plin. *lib.* 36. *cap.* 15. *de* M. Scauro: *Sed et reliquus apparatus tantus Attalica veste, tabulis pictis, coeteroque choragio fuit, ut in Tusculanam villam reportatis, quae superfuerant, quotidiani usus deliciis, incensa villa ab iratis servis, concremarentur ad bis millies,* Nero Tiridati abeunti millies dono dedit. Mitto reliqua. Hoc tantum addo, falli doctissimum Virum,
13 qui putat, haec legata relinqui potius animo impediendae, quam dandae libertatis, quia nemo manumissurus sit eum servum, qui existente conditione futurus est libertus orcinus *l.* 2. *in princ. ff. de statu lib.* Etenim nemo vereri potest, ne existat conditio pene impossibilis. Quis enim futurus est tam liberalis, ut velit pro servo millies solvere? aut qua ratione poterit ipse immensam pecuniae summam conficere? Damus, eam confecisse. Quae causa potest ipsum impellere ad implendam conditionem, solvendamque tam ingentem pecuniae summam, si jam ab alio libertatem est consecutus? quam facile poterit declinare solvendi necessitatem? Multo minus vereri potest, ne vivo servo dies existat, si servus in tam longum tempus manumissus est, ut eo tempore vivere non possit. Neminem retrahere potest a manumittendo periculum remotissimum, imo, aut omnino, aut pene impossibile.

Progrediamur ad alterum genus conditionum impossibilium, quae falsae dicuntur *in l. cum tale* §. *falsam condi-*
14 *tionem ff. de cond. et demonst.* Dialectici dicerent, esse de subjecto non supponente: Nostri dicunt impossibiles ex suppositione, vel per accidens. Quoad has conditiones, tria tempora sunt consideranda, quae cum non separent, atque distinguant Interpretes nostri, et omnem docendi rationem perturbant, et quaestionem per se obscuram densissimis tenebris involvunt. Tempus ante conditum testamentum: tempus post conditum testamentum: et tempus post mortem testatoris. Sunt enim quaedam conditiones, quae semper fuerunt impossibiles, etiam ante conditum testamentum: aliae factae sint impossibiles post conditum testamentum, sed in vita testatoris: aliae post ejus mortem.

Separatis hisce temporibus, illud statuendum est: eas solas conditiones detrahi, tamquam impossibiles, et pro non 15
scriptis haberi, quae aut semper fuerunt impossibiles: aut saltem erant impossibiles tempore conditi testamenti. In *l. si Maevia* 45. *ff. de hered. inst.* testator instituerat Lucium Titium heredem sub conditione: *si filia mea vivet.* Filiam numquam habuerat. Respondit J. C. Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet. In *l. libertate* 26. *in fin. ff. de statu lib. Servus jussus reddita ratione ad libertatem pervenire: licet nullam administraverit rationem, nihilominus liber erit.* In *l. cum tale* §. *falsam conditionem ff. de condit. et dem. Falsam conditionem Cassius, et Coelius Sabinus impossibilem esse dixerunt: veluti: Pamphilus, si quod Titio debeo, solverit, liber esto, si modo nihil Titio fuit debitum.*

De conditionibus, quae non fuerunt 16
semper impossibiles, sed tamen factae sunt impossibiles ante testamentum conditum, exempla propununtur in *l. multa* §. 1. *ff. de cond. et demonst.* ubi filia, quae in conditione viva supponebatur a testatore, mortua erat ante testamentum: in *l. ab omnibus* §. *in testamento ff. de leg.* 1.

Idem dicendum, si per ipsam institutionem conditio fiat impossibilis. In *l. si qui ita* 4. *ff. de condit. instit.* quidam heredem instituerat sub conditione, si servum hereditarium non alienaverit. Si solus heres institutus sit, impossibilis est conditio, quia nemo alius heres est, cui

cavere possit, se non alienaturum. In *l. mulier* 20. *ff. eod.* mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituit: *si eam pecuniam, quam doti promisisset, neque petisset, exegisset.* Si vir solus heres institutus sit, impossibilis est conditio, et pro non scripta accipienda est. Nemo enim est, a quo possit exigere, aut cui possit acceptum facere, et per confusionem tollitur obligatio *l. Stichum* §. *aditio ff. de solut.* Has conditiones ipse testator reddit impossibiles, unicum heredem instituendo.

Antequam progrediamur ad tempus post testamentum conditum, explicandae sunt nonnullae leges, quae his, quae hactenus constituimus, videntur esse contrariae. Primum autem contrarium respondetur in *l. servo* 58. *ff. de condict. indeb.* Testator legaverat servo suo centum, si ex testamento ad libertatem pervenisset, servus postea ingenuus pronuntiatus est. Respondit Papinianus, legatum non deberi, et solutum repeti posse. Haec conditio semper fuit impossibilis: non potest enim ad libertatem ingenuus pervenire §. *ult. Inst. tit. de ingen. l.* 1. *et* 2. *C. de ingen. manum.* et tamen vitiat legatum, adeo ut etiamsi solutum fuerit, repeti possit.

Perterruit omnes veteres Interpretes hujus argumenti vis: atque ut eam eluderent, novo commento totam rationem detrahendi conditiones impossibiles par-
18 verterunt. Invaluit itaque opinio falsissima, et nulla lege suffulta, conditiones, quas testator falsas esse ignorabat, non detrahi, sed vitiare ultimas voluntates: cum tamen hae tanto magis detrahendae sint, quanto certius est, eas incauto testatori excidisse. Sed hanc sententiam alii confutarunt.

Verissima est Sarmienti interpretatio. Qui ad libertatem proclamabat, et in-
19 genuus pronuntiabatur, agnitis natalibus, cogebatur restituere manumissori quaecumque ab eo concessa, donata, legata acceperat, quaeque ex re ejus acquisierat; idque Senatusconsulto cautum erat, de quo mentio fit in *l.* 1. *C. de ingen. manum.* et in *l.* 3. *ff. si ingen. esse dicetur.* Itaque in laudata lege aufertur legatum servo, non quia inutiliter legatum fuerit, adjecta impossibili conditione; sed quia legatarius originem repetiit, agnitis natalibus; quod ei auferretur, etiamsi conditio illa adjecta non fuisset.

Praeterea contrarium respondit Neratius in *l. multa* §. *si servos ff. de cond. et demonstr. Si servos certos quis ma-* 20
numisisset, heres esse jussus erat: quibusdam ex his antea mortuis, Neratius respondit, defici eum conditione: nec aestimabat, pareri posset conditioni, nec ne.

Quidam Viri apprime docti in hujus legis interpretatione magnas turbas cient, et, ut est in veteri proverbio, *fluctus in simpuvio excitant.* Sed non est ambigendum, in hac lege referri Neratii sententiam, sed non probari; imo statim improbari auctoritate Servii, Labeonis, Sabini, Cassii. Primum enim indicat Pomponius, se non acquiescere Neratii sententiae, illis verbis: *nec aestimabat etc.*

Deinde statim ei opponit sententiam Servii; ibi: *sed Servius etc.* et Servii sententiam confirmat auctoritate Labeonis. Addit deinceps auctoritatem Sabini, et Cassii, qui eas conditiones, quasi impossibiles, pro non scriptis habendas existimarunt. Observa: *eas conditiones.* Comprehendunt haec verba tam conditionem propositam a Servio, quam propositam a Neratio. Denique ita statuit; *quae sententia admittenda est.* Neratius probabat sententiam Trebatii, cujus nulla ratio habetur in *l. Stichum* 39. §. *si Stichus ff. de statu lib.* Qui haec non vident, in luce meridiana caecutiunt.

Idem prope videtur respondisse Julianus in *l. hujusmodi* 84. §. *si ita cui legatum esset ff. de legat.* 1. *Si ita cui* 21
legatum esset, si tabulas chirographi

mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato, si tabulae in rerum natura non fuerint, aestimabitur implesse conditionem; si heredem liberaverit, nec ad rem pertinebit, an tunc, cum testamentum fiebat, tabulae interciderint, an postea, vel mortuo testatore. Hic conditio impossibilis non detrahitur, sed implenda est saltem per aequipollens, alioqui deficiet. Agitur autem hic de conditione, quae erat impossibilis, etiam tempore conditi testamenti. Idem tamen Julianus contrarium notat in *l. ab omnibus §. in testamento. versic. Julianus notat ff. de legat.* 1.

Respond. conditio reddendi tabulas heredi vi ipsa continet ejusdem heredis li-
22 berationem. Itaque impletur haec conditio heredem liberando, adeoque etsi tabulae non extent; tamen non est impossibilis conditio, sed heres liberandus est. *d. l. hujusmodi §. si ita cui ff. de legat.* 1. Si conditio contineret solummodo factum reddendi tabulas, iis non extantibus, conditio esset impossibilis; sed quia continet liberationem, possibilis est,
23 etiam tabulis non extantibus, quia cum possit existere debitum sine tabulis, nec debitum intercidat, intercidentibus tabulis, potest liberari heres, etiamsi tabulae interciderint, quandocumque illae interciderint. Tunc conditio esset impossibilis, si nihil heres deberet *l. cum tale §. falsam ff. de cond. et demonstr.* quia non potest liberari, qui non est debitor: et ideo si legem Titio centum, quae mihi debet, inutile est legatum, si nihil mihi debeat *l. si sic legatum. §. quod si in princ. ff. de leg.* 1. *l. legavi versic. quod si sic dixit ff. de liberat. legat.* quia legata est liberatio *d. l. legavi* ea autem est impossibilis, si Titius non sit debitor. Et de hac conditione agitur in laudata lege *ab omnibus §. in testamento ff. de leg.* 1. Nempe, non interciderant tabulae, ut in *l. hujusmodi ff. eod.* sed nullae fuerunt, quia heres numquam debitor fuerat: et hoc casu conditio est impossibilis. Hic obiter animadvertendum, Labeonem, et Julianum, rectam Latini sermonis rationem religiose servantes non *impossibile*, sed ἀδύνατον Graece dixisse.

Veniamus ad tempus post conditum testamentum. Si post conditum testamentum aliquid evenerit, quo conditio impleri non possit, conditio defecisse dicitur, non vero detrahitur, tamquam im-
possibilis. In *l. cum tale § falsam con-* 24
ditionem ff. de condit. et demonstr. Quod si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi. In l. quae sub conditione. §. mortuo ff. de cond. instit. Nam mortuo Sticho, nemo dicet submovendum eum: non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit. Et ideo in *l. ab omnibus §. in testamento ff. de legat.* 1. ut conditio sit impossibilis, et pro non scripta habeatur, exigit Julianus, ut tabulae nullae fuerint testamenti tempore. Et in *l. turpia §. 2. ff. de legat.* 1. responsum est, deberi legatum, si servi mors impedisset manumissionem, non quia conditio tamquam impossibilis detrahatur; sed quia per legatarium non stat, quominus servus ad libertatem per-
veniat. Sunt autem haec inter se longe 25
diversa, *deficere*, aut *non deficere conditionem;* et *conditionem detrahi*, vel *non detrahi*, quasi impossibilem *l. multa in fin. ff. de cond. et dem.* ubi Pomponius refert opinionem Servii, et Labeonis, qui dicebant, eum non defici conditione: deinceps addit opinionem Sabini, et Cassii, qui putabant conditionem, quasi impossibilem detrahi, et horum sententiam admittit. Plus est detrahi conditionem, et pro non scripta haberi, quam eam non deficere, et haberi pro impleta: quae detrahitur, nec deficit, nec impletur: perinde enim est ac si adjecta non fuisset.

Sed contrarium respondisse videtur Scaevola in *l. qui dotem 12. ff. de dot. praeleg.* ibi: *Quaesitum est, si res in dotem datae plures ipso usu finitae es-*

26 *sent: an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur? Respondi, videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis superevit, in potestatem heredis pervenerit.* In hac lege agitur etiam de rebus consumptis post conditum testamentum, cum comprehendantur res omnes vivo marito consumptae: adeoque conditio illa detrahitur, licet facta sit impossibilis post conditum testamentum.

Respond. quod conditio illa non detrahitur tamquam impossibilis: sed impletur ab uxore per restitutionem rerum, quae supersunt; idque ex voluntate ipsius testatoris. Supponitur in ea lege, in dotem datas fuisse res aestimatas: ac propterea maritus, non tenebatur restituere uxori res in dotem acceptas, sed earum aestimationem *l. quoties* 5. *C. de jur. dot.* Legavit maritus hanc summam, hanc aestimationem uxori, quam ei restituere debebat, sub hac conditione, si heredi restituisset res omnes, quae tabulis dotalibus continebantur, quas restituere deberet, etiam hac conditione non adjecta. Non autem alio animo videtur maritus hanc conditionem adjecisse, nisi ut restitueret res illas, si superessent. Neque enim potuit gravare uxorem ad restituendas res consumptas: cum enim per aestimationem contracta fuerit emptio *l. plerumque* 10. §. *si ante. l. si rem aestimatam* 14. *cum seqq. ff. de Jure dot.*
27 periculum pertinet ad ipsum maritum §. *cum autem emptio Instit. tit. de empt. et vend. l. id, quod post* 7. *l. necessario* 8. *l. si vendita* 11. *ff de peric. et comm. rei vend. l. quod saepe* 35. §. *si res ff. de contr. empt. l.* 4. *et* 5. *C. de peric. et comm. rei vend. l. fructus, et l. pen. C. de action. empti.* Quamobrem non restituendo res consumptas nihil facit contra voluntatem testatoris, et parere videtur conditioni. Propterea Scaevola non respondit, uxorem legatum obtinere, quia fit impossibile restituere res consumptas, et quod impossibile scriptum est in testamento, nullam vim habere: sed respondit, uxorem obtinere legatum, quia paruit conditioni. Conditioni impossibili pareri non potest. Quaerit, an legatum debeatur, quasi datum sit sub conditione impossibili: et respondet, deberi, quia paritum est conditioni: ergo respondet, non esse datum sub conditione impossibili. Legatum datum sub conditione impossibili debetur, quia conditio pro non scripta habetur, non quia conditioni pareatur, cui pareri non potest.

Possent etiam opponi, quae tradita sunt ab Ulpiano in *l. quae sub condi-* 28
tione §. *mortuo. ff. de condit. instit.* ubi si quis heres institutus sit, sub conditione, si jurasset, se Stichum manumissurum; et Stichus mortuus sit, vel manumissus, vivo testatore; non videtur defectus conditione heres: *Quia implenda est voluntas testatoris, si potest: nec videtur conditione defectus, qui non potuit parere conditioni.* Si conditio illa non detraheretur, quasi impossibilis, heres defectus conditione videretur.

Respond. quod cum conditio jurisjurandi a Praetore remittatur *l. non dubitamus ff. de condit. et demonstr.* et *d. l. quae sub conditione in princ. ff. de cond. inst.* ita tamen, ut ille teneatur 29
facere id, quod conditione continebatur *l. haec scriptura ff. de cond. et dem. d. l. quae sub conditione* §. *mortuo*; adeo ut si non faciat, ei deneget Praetor actiones *d. l. quae sub conditione* §. *quoties, et l. si quis libertatem* 12. *ff. de manum. testam.* conditio illa resolvitur in modum, perinde ac si heres institutus fuisset, ut Stichum manumitteret. Modus autem numquam implendus est, cum non potest impleri *l.* 1. *C. de legat. l. si fundum per fideicommissum* 92. §. *Julianus ff. de leg.* 1. detracta enim conditione jurisjurandi Praetor compellit ad faciendum *l. haec scriptura ff. de cond. et dem.* sed non potest compellere ad faciendum id, quod

fieri non potest *l. impossibilium ff. de R. J.* Non subrogat Praetor conditionem faciendi in locum conditionis jusjurandi: sed remissa hac conditione, legatum non est amplius conditionale; et ideo statim cedit legati dies *l. si post diem* 5. §. *sed si ea ff. quan. dies legat. ced.* et ad heredes legatum transmittitur *l. quae sub conditione* §. *ult. ff. de cond. inst.* et heres sub hac conditione institutus submovetur a bonorum possessione contra tabulas, quia jam heres factus est, nec ulla conditione suspenditur institutio *l. libertus* 20. *in princ. ff. de bon. libert.* Quamobrem Ulpianus eum, cui legatum est sub hac conditione, comparat legatario sub modo, in laudata *l. quae sub conditione* §. *mortuo ff. de condit. instit.*

Potest etiam opponi Juliani responsum in *l. inde Neratius* §. *idem Julianus* 2. *ff. ad Leg. Aquil.* ubi cum quis institu-
30 tus fuisset sub conditione, *si Stichum manumisisset*: qui Stichum occidit, tenetur etiam in aestimationem hereditatis, si illum occidit mortuo testatore, quia heres damnum hereditatis patitur deficiente conditione: si vero occidit vivo testatore, non tenetur, quasi eo casu conditio non defecerit.

Ad hoc argumentum respondet ipse Julianus, qui ait, cessare aestimationem hereditatis, non quia eo casu conditio sit impossibilis, et pro non scripta habeatur: *sed quia retrorsum, quanti plu-*
31 *rimi fuit, inspicitur.* Non potest igitur haberi ratio hereditatis, quae nulla fuit, vivente testatore *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend. l.* 1. *ff. pro hered.* Quid enim aestimetur? an hereditas, quae nulla fuit? an bona, quae eo tempore defunctus habebat? At haec ad heredem non poterant pertinere; sed solum ea, quae defunctus habiturus erat tempore mortis. Hoc autem tempore non potest aestimari servus quanti plurimi sit, cum
32 jam sit occisus, et in aestimatione *quanti plurimi* tempus praeteritum inspiciatur, non futurum: hoc est, tempus, quod praecedit damnum datum, non quod subsequitur *l. ait lex* §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* An aestimetur jus, quod habet heres vivo testatore? At hoc aestimari non potest, cum incertum sit, tum ratione patrimonii, quod augeri, minuive potest, tum quia neque delatum est, neque quaesitum, et facile evenire potest, ut neque deferatur, neque possit acquiri, vel herede moriente ante testatorem, vel testatore mutante voluntatem. Quamobrem nulla fieri potest aestimatio hereditatis, si vivo testatore servus sit occisus: hujus enim temporis nulla est aestimatio.

Sunt et aliae leges, in quibus respondetur, legatum deberi, etiamsi conditio facta fuerit impossibilis vivo testatore, ut in *l. Stichum* 39. §. *si Stichus ff. de statu lib.* in *l. turpia* §. 1. *ff. de legat.* 1. sed hae leges non pertinent ad 33
quaestionem de conditione impossibili; sed ad alteram longe diversam: an conditio pro impleta habeatur, quoties per legatarium non stetit, quominus impleat conditionem: de qua agitur in *l. Jure Civili* 24. *et l. Julius* 81. *in fin. ff. de cond. et dem.* in *l. in jure* 161. *ff. de Reg. Jur.* in *l. si peculium* 20. §. *is, cui ff. de statu lib. l. quaesitum* 57. *l. cum ita datur* 94. *ff. de cond. et dem. l. ult. C. de cond. insert. l.* 5. §. *item si ff. quan. dies legat. ced. l.* 1. *C. de inst. et subst. et passim.* Non ignoro responsum Pomponii in laudata *l. turpia* §. 1. *ff. de leg.* 1. non videri convenire regulis, quae traditae sunt de conditione, quae pro impleta habetur: sed ad nostrum institutum non pertinet hanc controversiam dirimere.

De tertio tempore post mortem testatoris jam disseramus. De hoc nulla con- 34
troversia est, quia conditio numquam detrahatur; sed deficiat, et legatum corruat, aut institutio *l. inde Neratius* §. *idem Julianus ff. ad Leg. Aquil. l. in testamento* 31. *in princ. l. cum ita da-*

tur 94. *in princ. vers. diversa. l. pen.* §. *item si ff. de condit. et demonstr. l. si peculium* 20. §. *is, cui ff. de statu lib. l. legatum C. de cond. insert.* nisi conditio pro impleta habeatur, quo casu sustinetur dispositio, licet conditio vere defecerit, ut in *l. quaesitum ff. de cond. et dem.* in *l. si peculium* §. *is, cui ff. de statu lib. l. si ita scriptum ff. de manum testam.*

Superest tertium genus conditionum impossibilium, hoc est, earum, quae a jure sunt improbatae. Hae quoque sunt impossibiles *l. filius ff. de cond. institut.*
35 Hae quoque detrahuntur ab ultimis voluntatibus *l. conditiones* 14. *ff. de condit. instit.* sive turpes sint, et contra bonos mores *l. non dubitamus ff. de cond. et demonstr. l. reprehendenda C. de inst. et subst. l. un. C. de his, quae poen. nom. l. pen. ff. de cond. inst.* sive sint contra leges *l. si quis sub conditione ff. de condit. instit. l. non dubitamus ff. de cond. et demonstr.* sive sint in fraudem legis *l. Sejus et Agerius* 27. *ff. ad Leg. Falcid.* sive sint contra Rempublicam *l. Imperatores* §. 1. *ff. de pollic.* sive contra publicam utilitatem, nuptias impedientes *l. servo* 65. §. 1. *ff. ad Trebell. l. Titiae* 100. *ff. de cond. et dem.* sive contra Edictum Praetoris, ut conditio jurisjurandi *l. non dubitamus ff. de condit. et dem. l. quae sub conditione ff. de condit. instit.* sive sint conditiones derisoriae *l. conditiones contra* 14. *ff. de cond. instit.* Atque hae conditiones detrahuntur etiam in testamento militis *l. si a milite* 29. §. *edictum ff. de testam. milit.*

Sed ne quis hac in re decipiatur, animadvertendum est, quod aliquando improbatur a Jure conditio, aliquando ipsa
36 dispositio. Quoties improbatur ipsa conditio, ea detrahitur, et pro non scripta habetur: detracta autem conditione, salva manet dispositio, purgato vitio conditionis, ut in superioribus exemplis. Quoties autem improbatur ipsa dispositio, ea sit inutilis necesse est *l. non dubium C. de legib.* Exemplis rem explico. Capta- 37
torias dispositiones Senatus improbavit *l. captatorias ff. de hered. inst.* et ideo captatoriae dispositiones non valent *l. captatoriae* 64. *ff. de leg.* 1. *l. captatorias C. de testam. milit. l. illae autem* §. 1. *ff. de hered. inst.* Leges improbant ultimam voluntatem in alienum arbitrium expresse collatam, quia testamentorum jura per se firma esse debent, non ex alieno arbitrio pendere: et ideo hujusmodi dispositiones nullae sunt *l. si quis Sempronium* 68. *et l. illa institutio ff. de hered. inst. l. nonnunquam ff. de cond. et dem.* Ejusdem generis sunt perplexae dispositiones, quae a Jure improbantur, tamquam inexplicabiles *l. si Titius heres ff. de cond. inst.*

Non temere autem hoc a Jure Civili constitutum est. Ideo enim aliquando improbat, ac rejicit solam conditionem; quia vitium est in sola conditione: improbat autem, ac rejicit dispositionem, quando vitium est in dispositione, quia per conditionem influit in dispositionem.
In testamentis enim nullam vim habet, 38
quod impossibile, ac vitiosum scriptum est *l. si Maevia* 45. *ff. de hered. instit.* Quapropter si vitiosa est et impossibilis conditio, ipsa rejicitur, et pro non scripta habetur. Si vitiosa est et impossibilis dispositio, ipsa reprobanda est, ita ut nullam vim habeat. Quocirca non valent dispositiones, tamquam impossibiles, de quibus in *l. quidam* §. *Lucio Titio ff. de tritic. vin. et ol. leg.* in *l. cum servus* 39. *alias l. apud Julianum.* §. *constat. l. turpia. in princ. l. si quis inquilinos.* §. *ult. ff. de legat.* 1. Dicam explicatius. In hoc legato: lego Titio centum, *si homicidium fecerit, si juraverit, si nomen vispellionis sibi imposuerit*: nullum est vitium, nulla turpitudo in legato, sed in ipsa conditione, adeoque legatum sustinetur: rejicitur autem conditio, quae turpis est. Contra vero, 39
si ita legem: lego Titio centum, *si me*

heredem instituerit: ipsum legatum vitiosum est et turpe, quo Titius allicitur spe lucri ad heredem instituendum legatarium. Turpe est, quia turpissimum esse Senatus censuit captare, et aucupari alienas successiones. Vitiosum est, quia adimit liberam testandi facultatem. Rursus, si ita legem: lego Titio centum, *si Cajus voluerit*: ipsum legatum vitiosum est, cum pendeat a voluntate Caji, nec sit ipsum per se firmum, ut Veteres decreverunt *l. illa institutio* 32. *ff. de hered. inst.* Conditio ipsa per se non est illicita, inhonesta, vitiosa *l. si quis arbitratu ff. de V. O.* sed adjecta legato, aut institutioni reddit ipsam vitiosam. Non dissimile est exemplum perplexae et inexplicabilis institutionis: *Si Sejus heres erit, Cajus heres esto: si Cajus heres erit, Sejus heres esto.* Si per se considerentur conditiones, non sunt illicitae, aut impossibiles: sed ipsa institutio est *ἀνύστατος inexplicabilis*; cum non possit Sejus heres esse, nisi prius sit heres Cajus, et Cajus heres esse non possit, nisi prius sit heres Sejus; adeoque neuter heres esse possit. Rectissime igitur constitutum est, non valere institutionem *l. ubi pugnantia ff. de Reg. Jur*, et generaliter; praeceptum testatoris vel legibus interdictum, vel probrosum, vel impossibile non valet *l. un. in fin. C. de his, quae paen. nom.*

Sed obstat difficillimus text. in *l. si*
40 *mihi.* 12. §. *si quis servos ff. de leg.* 1. *Si quis servos, quos Gadibus haberet, eo testamento, quod Romae moriens fecerit, triduo, quo mortuus fuerit, heredem dare mihi damnaverit; ratum esse legatum, et augustias temporis nihil legato nocere.* Hujusmodi legatum est impossibile: adjectio enim diei reddit impossibilem dationem servorum, et praeceptum testatoris §. *loca in fin. Inst. tit. de V. O. l. ult.* §. *si inter eos ff. de V. O.* et tamen valet legatum detracto die.

Respondetur, aliam esse rationem diei, aliam conditionis adjectae. Conditio afficit ipsam dispositionem, ipsam substantiam legati: cum suspendat dispositionem ipsam, et obligationem §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. cedere diem ff. de V. S. l. multum* 21. et *l. legatu* 41. *ff. de cond.* 41
et demonstr. et ideo aliquando conditio influit, et infundit vitium in ipsam dispositionem. Contra dies, ac tempus non afficit ipsam dispositionem, nec differt obligationem, sed solutionem *d.* §. *omnis Instit. tit. de V. O. l. centesimis* 46. *ff. de V. O.* et ideo, qui Stichum promisit, statim tenetur, licet Stichus Gadibus sit, adeoque statim dari non possit: hoc enim ad facultatem dandi pertinet, et respicit commodum, incommodumque personae, non substantiam obligationis *l. continuus* §. *illud ff. de V. O.* Quocirca triduum adjectum illi legato reddit quidem impossibilem solutionem legati; non tamen reddit impossibile legatum: nam legatum statim debetur, sive servi legati Romae sint, sive Gadibus *d. l. continuus* §. *illud ff. de V. O.* Solutio autem videtur dilata in tempus, quo servi Romam commode possint pervenire *l. interdum* 73. *l. continuus* §. *cum ita ff. de V. O.* Propterea, qui triduum praescribit, quo servi a Gadibus Romam pervenire non possunt, is reddit quidem impossibilem solutionem; coeterum obligationi nullum affert impedimentum: quia ea statim nata fuit, sicut statim nata fuisset, si tempus illud adjectum non fuisset. Ut puta, heredi confitenti se debere ex causa legati pecuniam, Praetor debet indulgere modicum tempus ad solvendum *l. si domus in pecunia ff. de legat.* 1. hujusmodi tempus indulgendo non tollit, aut mutat naturam obligationis; sed solum differt solutionem. Non dissimile est, quod traditur in §. *ult. Instit. tit. de inut. stipul.* Sola igitur solutio impossibilis est eo modo, quo praecipitur a testatore, et, tamquam impossibilis, pro non scripta habetur.

Hinc facile dissolvitur nodus, quem a nemine expediri scripsit Duarenus. In 42

l. si quis ita 6. ff. de cond. inst. institutus erat heres, sub conditione, si in triduo, post mortem testatoris, ei monumentum fecisset. Cum hujusmodi monumentum in triduo effici non posset, respondit, conditionem evanescere, tamquam impossibilem. Non detrahitur ibi adjectio temporis, adeo ut heres cogatur monumentum aedificare intra tempus moderatum, quo commode possit aedificari: sed evanescit ipsa conditio. Ratio est in promptu: vitium temporis afficit ipsam conditionem, ipsam monumenti constructionem, eamque reddit impossibilem, adeoque ipsa conditio, ipsa constructio pro non scripta habetur; quia id, quod impossibile in testamentis scriptum est, nullam vim habet. *l. si Maevia 45. ff. de hered. inst.* Quapropter si legatum ipsum sit impossibile, aut contra leges, ipsum legatum non valet, et pro non scripto habetur. Si sit impossibilis solutio, ipsa detrahitur. Si sit impossibilis conditio, seu factum in conditione positum, ipsa conditio pro non scripta habetur.

Neque cuiquam scrupulum injiciat, quod non videatur haberi pro non scripta solutio, sed solum tempus, quod eam reddit impossibilem. Nam heres licet non teneatur solvere servos in triduo, a die mortis, tenetur tamen eos solvere tempore opportuno, quo Romam perduci potuerunt. Facile respondetur. Solutio facienda in triduo, quam praecipit testator, pro non scripta habetur, tamquam impossibilis. Ea detracta succedit necessitas solvendi ex vi obligationis, cujus substantia in eo consistit, ut aliquem nobis adstringat ad dandum, vel faciendum *l. obligationum substantia ff. de oblig. et act.* Itaque heres non solvit ex praecepto testatoris, quod non valet, sed ex natura obligationis; et ideo tenetur solum ad solvendum eo tempore, quo id exigit obligatio legati. *§. ult. Instit. tit. de inut. stipul. §. loca Inst. tit. de V. O. l. interdum 73. l. continuus §. cum ita ff. eod.*

Nec obstat, quod si angustia temporis afficeret tantummodo solutionem, non obligationem, et solutio tantum pro non scripta haberetur, angustiae temporis non vitiarent contractus, quod falsum est *l. 2.* 43
§. qui ita ff. de eo, quod cert. loc. l. quoties 24. ff. de oper. libert. §. loca Inst. de V. O.

Nam respondetur, eadem de causa non valere hujusmodi stipulationes, qua non valent contractus, apposita impossibili conditione. Contrahentium enim videtur esse talis cogitatio, ut nihil agi existiment, apposita conditione, quam sciant esse impossibilem *l. non solum ff. de oblig. et action.* Id maxime convenit etiam superioribus stipulationibus, atque eo magis, quod nemo ignorare potest, impossibile esse id, quod stipulatur. Quamobrem procul dubio nihil agi existimant contrahentes in hac stipulatione: *Centum operas pictorias hodie dare spondes?* vel in hac: *Carthagini hodie dare spondes?* Nisi forte tam stipulator, quam promissor antea mandassent, hic, ut hodie solveret, ille, ut pecuniam exciperet, quo casu valeret stipulatio *l. ult. §. si inter ff. de V. O.*

Verum quod etiam illae conditiones, quae non reddunt impossibilem dispositionem, non detrahantur, et pro non scriptis habeantur, probari videtur ex *l. sed sciendum 7.* et ex *l. facta 63. §. si* 44
sub conditione ff. ad S. C. Trebell.

Sed ibi agitur non de conditione impossibili, aut contra leges, aut contra bonos mores; sed de conditione turpi, quae neque legibus repugnat, neque bonis moribus: veluti si quis heres instituatur sub conditione, si nomen testatoris sibi imposuerit, cum testator esset vilis persona, ut puta, vespillo. Vespillo erat, qui cadavera exportabat. Sveton. *in Domit. c.* 45
17. Cadaver ejus populari sandapila per vespillones exportatum.

Martial.

Nuper erat medicus, nunc est vespillo Diaulus.

Has autem personas turpes habitas fuisse, etiamsi servi essent, satis apparet ex *l. qui decem* 72. §. *qui hominem ff. de solut.* et ex *l. si ita quis* 31. *ff. de eviction.* Haec conditio comparatur conditioni difficili: et sicut difficilis conditio non habetur pro non scripta, ut diximus supra, ita et haec. Nec pugnant verba laudatae *l. facta* §. *si sub conditione ff. ad S. C. Trebell.* ibi: *sed et remitti eam ab initio visum est*: intellige *iniquum*, quod verbis antecedentibus continetur: alioquin ratio subjecta pugnaret, nec esset his consentanea. Non cogit quidem praetor eam implere *d. l.* §. *si vero nominis*: hoc enim esset iniquum, sed et iniquum visum est, eam ab initio remittere contra voluntatem testatoris, et pro non scripta haberi.

CAPUT XXV.

AD L. SI TITIUS, ET SEJUS 9. *ff. de V. O.*

SUMMARIUM.

I. Quando existat conditio posita in non faciendo: et in specie conditio, *si alteri non dederis.* et n. 5. 6.
II. Et quando nascatur actio. et n. 8. 11.
III. Quoties actio nascitura est per litis contestationem, quandocumque agi potest. et n. 8.
IV. Sine actione nemo potest experiri.
VI. In judiciis aequitatem potius sequi debemus, quam Jus strictum.
VII. Judicium sustinetur, si actio nascatur inter moras judicii.
IX. Repugnat aequitati Praetorem denegare judicium ei, cui actio nascitura est in ipso limine judicii.
X. Praetor aliquando denegat actionem habenti; aliquando dat non habenti.
XII. Particula *quoad* non semper continuum tempus demonstrat.
XIII. Quod tempus comprehendat conditio non faciendi, et differentia inter contractus, et ultimas voluntates.
XIV. Hac in re spectanda voluntas contrahentium.
XV. Conditio, *si illi non solveris*, quid contineat?
XVI. Stipulatio disjunctiva qua in re differat a conditionali.
XVII. Quantum differat disjunctio rerum a disjunctiono personarum? sed vide n. seq.
XIX. Si exprimatur conditio, quae tacite inest, non fit actus conditionalis.
XX. Conditio, quae tacite inest, impedit actionem. sed vide n. 21.
XXI. Supervacuum est adjicere, quod tacite inest.
XXII. Quando secus: et quando expresse faciant actum conditionalem, licet tacite insint. Conditiones dandi, solvendi, et similes personae cohaerent.
XXIII. Verba conditionis non faciunt conditionem, si alia mente prolata fuerint et n. 25.
XXIV. Possunt constitui duo rei etiam per stipulationes separatas et n. 25.
XXV. Quae propria sint duorum reorum.

Nescio quo fato factum fuerit, ut in hac lege interpretanda fuerint adeo discordes Interpretum nostrorum opiniones, ut nemo fere alterius interpretationem omnino probarit. Omnium haec potissima cura fuisse videtur, ut alios reprehenderent. Apud recentiores male audit Accursius noster, cujus interpretationem neque ridiculam, neque absurdam puto. Itaque civis mei sententiam tuebor, quam et Bartolus plane non improbavit.

Titius stipulatus fuit a Sempronio fundum sub conditione, *si Sejo non dedisset:* Sejus eumdem fundum separatim stipulatus est ab eodem Sempronio sub conditione, *si Titio non dedisset.* Utrique idem fundus debetur, tam Titio, quam Sejo. Utrique debetur sub conditione posita in non faciendo; nempe, *si alteri datus non fuerit.* Ex stipulatione conditionali neque obligatio, neque actio nascitur ante eventum conditionis *l. cedere diem ff. de V. S.* §. *sub conditione Inst. tit. de V. O.* In proposita stipulatione quaeritur, quando existat conditio: quando nascatur actio. Quoad conditionem J. C. respondit, eam impleri per litis contestationem, ibi: *finem dandi alteri fore quoad judicium acciperetur.* Si post judicium acceptum cum Titio non potest Sempronius promissor amplius Sejo dare: ergo extitit conditio adjecta stipulationi Titii: *si Sejo non dederis.*

Etenim conditiones in non faciendo positae, tunc existunt, cum amplius fieri non potest, quod in conditione positum est *l. ita stipulatus* 115. *ff. de V. O.*

Quoad actionem vero respondit, eam quandocumque dari; ibi *et ideo occu-*
2 *pantis fore actionem.* Est hoc plane absurdum: actionem nasci ante eventum conditionis. Et eo magis videtur absurda sententia Jurisconsulti, quia ex eo, quod conditio existat per litis contestationem; deducit occupantis fore actionem: quasi dixerit; ideo datur actio occupanti, quia actio nondum nata est, sed est nascitura. Pugnant haec inter se.

Accursii interpretatio maxime conve-
3 nit sententiae Jurisconsulti. Ait enim, ideo actionem dari, non quia nascitura est quandocumque, hoc enim esset absurdum, sed quia nascitura est in ipsa litis contestatione, hoc est, in ipso limine judicii: ita ut nullum periculum immineat, ne ille sine actione egisse videatur. Non est haec conditio similis aliis conditionibus. In illis judicium suscipi non potest, nec potest concedi actio, ne judicium sit irritum, et sine actione suscipiatur. In hac conditione datur actio, quia judicium irritum esse non potest, quasi coeptum sine actione; quia simul ac judicium suscipietur, necessario existet conditio, et actio nascetur. Hinc recte statuit Bartolus, quod agi potest, quoties actio nascitura est in ipsa litis contestatione.

Sed haec sententia incurrit in reprehensionem doctissimorum Virorum. Duo autem sunt, quae opponunt. Primum, quod ante eventum conditionis non nascitur obligatio, non nascitur actio, ut diximus: sine actione autem nemo potest
4 experiri *l. si pupilli in fin. ff. de negot. gest. l. quoties* 9. §. *et generaliter ff. de admin. tut.* Idcirco quamdiu debitor potest alteri fundum dare, non potest a creditore conveniri: quare non poterit creditor cum eo litem contestari, et efficere, ut conditio existat.

Alterum, quod conditio posita in non faciendo per litis contestationem non impletur, sed tunc existit cum aplius fieri non potest, quod in conditione ponitur *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *et* 2. *ff.* 5
de V. O. Utrumque igitur falsum est; et quod conditio impleatur per litis contestationem: et quod dari debeat actio, cum in litis contestatione conditio est extitura. De utroque accurate disserendum, ac demonstrandum Juri nostro neutrum repugnare.

Ac si strictum Jus sequi velimus, et malitiis hominum indulgere, actio danda non erit: Si vero id, quod aequitas suggerit, nulla ratione poterit denegari. At in judiciis, aequitatis potius habenda ratio, quam stricti Juris *l. placuit* 8. *C. de judic.* nec malitiis hominum est indulgendum *l. in fundo* 38. *ff. de rei* 6
vind. ac semper cavendum, ne sub auctoritate Juris scientiae perniciose erremus *l. si servum* 91. §. *sequitur ff. de V. O.* Qui nondum creditor est, agere non potest; sed tamen si egerit, et pendente judicio creditor esse coeperit, judicium sustinebitur *l. si mandavero* 17. *ff.*
mand. Si strictum Jus sequi velimus, ni- 7
hil valebit eorum, quae acta sunt ab eo, qui actionem non habebat. Creditor quoque conditionalis si egerit in judicio ante conditionis eventum, nihil agit, nondum enim ipsi competit actio; sed tamen si pendente judicio existat conditio, reus est condemnandus, perinde ac si actionem initio habuisset, et judicium recte fuisset institutum. *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignor. act.* Si judicium sustinetur conditione existente post coeptum judicium, quanto magis sustineri debet quando conditio extitura est, et actio nascitura eodem momento, quo incipit judicium?

At enim Praetor actionem dare non debet: Neque enim dare debet actionem cuiquam, qui eam non habet: nec habet actionem creditor pendente conditione. Sed quo jure, quave aequitate Praetor

actionem denegabit? Utrumne quia re-
pugnat voluntas contrahentium? At hanc
non repugnare deinceps ostendemus. Nec
Praetor denegando judicium impedimen-
to esse debet, ne conditio existat, quae
8 in contestatione litis est extitura. An ve-
ro eam denegare debet, ne judicium sit
irritum? At ne hoc quidem potest eve-
nire, cum certum sit non ante futurum,
ut judicium incipiat, quam ut actio na-
scatur. Imo actio ipsa praecedet judicium
non tempore, sed natura, quemadmodum
causa suum effectum. Ut enim Sol non
praecedit lucem tempore, sed natura: sic
actio illa licet nascatur simul cum judi-
cio, natura tamen judicium praecedere
potest, et efficere ut a se ipsa pendeat,
ac promanet judicium. Actio est jus per-
sequendi in judicio §. 1. *Instit. tit. de
action. l. nihil aliud ff. de oblig. et a-
ction.* Quid igitur causae est, cur exi-
gamus actionem natam esse ante judi-
cium? An non satis est, eam nasci tunc
cum judicium accipitur, cum ea omnes
vires, omnem potestatem exerat in ipso
judicio, et sine judicio sit inutilis et in-
fructuosa?

At enim Praetor dare non debet actio-
nem, quae nondum competit, nec per-
mittere, judicio agat is, qui actionem
non habeat. Verissime id quidem dicere-
tur, si permitteret cuiquam actionem exer-
cere, antequam ea nascatur. Sed in ca-
su nostro cum Praetor petenti creditori
judicium dat, non dat facultatem exer-
cendae actionis, antequam ea nascitura
9 sit: exercetur enim actio in judicio *d. l.
nihil aliud ff. de oblig.* et simul cum
judicio nascetur actio, ac proinde non
exercebitur antequam nascatur. Repugnat
quemquam exercere actionem, quam non
habet: non repugnat judicium a Praeto-
re dari actionem omnino habituro, sta-
tim ac erit exercenda. Illud vero maxi-
me repugnaret aequitati praetoriae, si
Praetor impediret quominus nasceretur
actio; conditio existeret; stipulator con-
sequi posset id, quod sibi promissum fuit.

Atque haec certissima erunt conside-
ranti hanc dandae denegandaeque actionis
subtilitatem aequitate praetoria temperari.
Itaque Praetor aliquando actionem haben- 10
ti debet denegare, ut in *l. si debitor* 30.
*ff. de solut. l. 1. §. in operis. l. et si
satisdationem ff. de oper. nov. nunciat.
l. nihil interest* 50. *§. sed numquid. ff.
de bon. libert. l. 1. § idem ff. de dol.
mal. l. patri* 27. *§.* 1. *ff. de minor.*
Aliquando contra datur actio ei, qui vel
summo jure eam non habet adversus eum,
qui convenitur, ut in *l. dominus* 53. *ff.
de condict. ind.* in *l. si absentis C. si
certum pet.* vel datur ante tempus, ut in
*l. si indebitum ff. rem rat. haber. l. in
lege ff. ad Leg. Aquil. l. quidam* 32.
*§. 1. ff. de furt. l. quaesitum ff. de pi-
gnor.* Quanto magis actionem daturus
est Praetor in casu nostro, in quo nul-
lum imminet periculum, ne actio exer-
ceatur antequam competat, antequam na-
scatur *l. aliquando* 13. *§. ult. ff. ad S.
C. Vellejan.* ibi: *Quo enim bono expe-
ctare conditionem, cum in ea causa sit
debitor, ut omnimodo excipere debeat
actionem.* Praetor enim cum petentibus
actionem concedebat, nihil aliud tribue-
bat, quam agendi potestatem. Cic. *de in-
vent. lib. 2. Quare in jure plerumque
versantur: ibi enim et exceptiones po-
stulantur; et quodammodo agendi pote-
stas datur, et omnis conceptio privato-
rum judiciorum constituitur.* Quidni ve-
ro det agendi potestatem ei, cui nasci-
tura est actio, simul ac eam in judicio
coeperit exercere? Esset hoc malitiis ho-
minum indulgere.

Res igitur eo redit, ut nihil absurdi
sit in hac sententia, atque interpretatio-
ne, siquidem verum sit, conditionem
existere per litis contestationem, seu cum
judicium accipitur, eodemque tempore
actionem nasci. Sed in hoc non est cur
Accursium reprehendant. Diserte id tra-
ditum in nostra lege: *finem dandi alteri
fore, quoad judicium acciperetur.* Si 11
hic est finis dandi alteri, ergo existit con-

ditio: si existit conditio, ergo nascitur actio *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *et* 2. *ff. de V. O.* Itaque non potest reprehendi Accursius, quin reprehendatur Pomponius Auctor legis. Explicandum tamen est, qui fiat, ut actio nascatur in litis contestatione, et post judicium acceptum alteri amplius dari non possit. Sed antea evellendus est scrupulus, qui Donellum male habuit, in quem, tamquam in scopulum, Vir doctissimus impegit. Hunc ut praetervehatur, putat expungendam particulam *quoad*, et reponendam particu-
12 lam *cum*. Sed non est cur de hoc laboremus. Non semper particula *quoad* continuum tempus demonstrat, protractum usque ad aliquem terminum: aliquando enim significat extremitatem temporis. Caesar. *lib.* 5. *de Bell. Gallic. Neque finem insequendi fecerunt, quoad subsidio confisi equites praecipites hostes egerunt.* Terent. *in Phorm. act.* 1. *scen.* 2. *in fin.*

D. quid? senem
Quoad expectatis vestrum? G. non certum scio, sed epistolam ab eo allatam audivi modo.

Sed haec obiter. Ad rem veniamus: Conditio in non faciendo concepta, ambigua est; potest enim et comprehendere totum tempus, quo fieri potest; et
13 potest comprehendere solummodo primum illud tempus, quo fieri potuit, aut debuit *l. quicquid adstringendae* § *ult. ff. de V. O.* Itaque in libertate data sub conditione, *si in Capitolium non adscenderis*; conditio existit, si servus cum primum potuit ascendere, non ascendit *l. libertas* 17. §. 1. *ff. de manum. testam* In legatis autem, et hereditatibus cautione Mutiana occurritur, qua praestita, legatum, hereditatemque consequimur, perinde ac si conditio extitisset *l. Mutianae* 7. *ff. de condit. et demonstr.* In contractibus tamen placuit ultimum tempus expectari, quo non possit amplius fieri, quod per conditionem vetitum fuit *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *ff. de V. O.* sed tamen et in his fuit inter Veteres controversia: nam Sabinus ex Mutii Scevolae sententia putabat, tamdiu solum pendere conditionem, quamdiu per promissorem non stetit quominus daret, et cum primum dare potuit, et non dedit, statim agi posse: atque ita statuendum tum ex voluntate contrahentium, tum ex natura rei *d. l. ita stipulatus* §. *item si ff. de V. O.*

Quamobrem in hujusmodi stipulationibus expendendum est, quid actum sit inter contrahentes: verba enim conditionis in utramque partem accipi possunt, et in conditionibus maxime voluntas spectanda est *l. pater Severinam in princ. et in* §. *conditionum. l. in conditionibus ff. de condit. et demonstr.* Quo fit, ut 14
conditio illa, *si non solverit*, non infinitum tempus comprehendat, sed referatur ad primum quodque tempus, ex verisimili mente contrahentium, quos probabile non est tamdiu voluisse solutionem expectare, donec amplius solvi non possit, donec ille moriatur. Julianus in *l. fidejussor* 16. §. *ult. ff. de fidejuss. Cum fidejussor hoc modo acceptus esset, si reus non solverit, fide tua esse jubes? verisimile est, id actum, ut cum appellatus reus non solvisset, fidejussor teneretur.*

His positis constat, cur in casu nostro conditio illa: *si Titio non solveris: si Sejo non solveris*, contineat solummodo tempus usque ad litem contestatam. Ni- 15
mirum, contrahentes adjectione hujus conditionis noluerunt differre solutionem in tempus mortis alterius stipulantis: sed voluerunt tribuere facultatem debitori solvendi alterum, cui libuerit. Quid enim interest, dicat quis: *si Titio non solveris, mihi dare spondes?* an ita: *mihi, aut Titio dare spondes?* Utroque casu ea mente stipulatur, ut tribuat facultatem debitori, et electionem utri velit solvere *l.*

3. *ff. qui, et a quib. manum.* At cum tribuitur debitori facultas, et electio solvendi, haec terminatur, et expirat per litis contestationem *l. si quis stipulatus fuerit decem* 57. §. 1. *ff. de solut. l. fidejussor* 16. *in princ. ff. de fidejuss.*

Sed opponi potest, quod qui disjunctim stipulatur, non est similis ei, qui stipulatur sub conditione. Nam si quis stipuletur Stichum, aut decem, statim agere potest, et petere debet Stichum,
16 aut decem disjunctum, sicut stipulatus est non vero alterum tantum petere potest §. *si quis agens* 33. *versic. huic autem proximus Instit. tit. de action.* At qui stipulatur sub conditione, hoc modo: *si Stichum non dederis, decem dare spondes?* nec statim petere potest, nec potest petere Stichum *l. ita stipulatus* 115. §. *ult. ff. de V. O. l.* 1. §. *item si ita versic. idemque ff. ad L. Falcid. l. obligationum fere* §. *si ita ff. de oblig. et act. l. duo societatem in princ. ff. pro soc.* Ergo stipulatio disjunctiva differt a conditionali.

Respondeo, non posse duci argumentum a rebus ad personas. Cum duas res disjunctim stipulamur, Stichum, aut decem, utraque res ponitur ad obligatio-
17 nem *l. si duo* 128. *ff. de V. O.* Cum vero stipulamur sub conditione, *si Stichum non dederis, decem dare spondes?* sola decem sunt in obligatione; Stichus autem est solummodo in solutione *l. obligationum fere* §. *si ita ff. de oblig. et action. l.* 1. §. *item si ita in fin. ff. ad Leg. Falc.* Itaque similes esse non possunt illae duae stipulationes, nec eamdem vim habere. Non ita se res habet in personis. In utraque enim stipulatione persona adjicitur solutionis causa. Si stipulor hoc modo: *si Sejo non dederis, mihi dare spondes?* tu mihi soli obligaris: Sejo solvere potes etiam me invito, eique solvendo a me liberaris. Item si stipulor: *mihi, aut Sejo dari:* soli mihi obligaris, Sejo autem solvere potes etiam me invito, eique solvendo a me liberaris §. *si quis alii Instit. tit. de inutil. stipul. l. sed etsi* 7. §. *ult. ff. de constit. pecun. l. eum qui* 56. §. *qui sibi ff. de V. O. l. Stichum* 95. §. *quaesitum ff. de solution.* Itaque in utraque stipulatione ideo adjicitur persona Seji, ut ei solvi possit, in neutra autem stipulatione persona Seji ponitur ad obligationem, sed ut debitori detur electio, et facultas solvendi Sejo, quae extinguitur per litis contestationem. Igitur ex mente contrahentium conditio illa per litis contestationem impletur pendet enim conditio quamdiu durat in debitore facultas eligendi.

Imo si rem paulo accuratius, ac subtilius expendamus, in stipulationibus propositis in *l. si Titius ff. de V. O.* non solum ex mente contrahentium, sed etiam ex Juris nostri regulis, dicendum est, conditionem per litis contestationem impleri. Animadvertendum enim est, quod 18
etiam in rebus, quando res, quae ponitur in conditione, posita est etiam in obligatione, statim agi potest. Si quis ita stipuletur: *penum dabis, et si penum non dederis, decem dabis?* In hac stipulatione penus non solum posita est in conditione, sed etiam deducta in stipulationem, et obligationem. In hac stipulatione si per promissorem steterit, quominus penum daret, statim agi potest ad decem *l. ita stipulatus* 115 §. *ult. ff. de V. O. l.* 1. §. *item si ff. ad Leg. Falcid.* et conditio haec post motam litem existit *l. nuda C. de contr. stipul.* Non aliter in casu nostro, in quo propter duplicem stipulationem Titii, et Saji, utrique debitor est obligatus, et statim agi potest, et per litis contestationem conditio impletur. Non solum enim Sejus ponitur in conditione, et ponitur ad solutionem: sed etiam ponitur in stipulatione, et obligatione. Nec solum Sejo solvi potest, sed etiam Sejus fundum deduxit in stipulationem. Sicut igitur in superiori stipulatione, in qua non solum

res posita est ad solutionem, sed etiam deducta in stipulationem, conditio post motam litem existit: ita et in casu nostro.

Defensa Accursii interpretatione, quid sentiam de interpretatione Petri de Bellapertica, paucis aperiam. Existimavit il-
19 le statim agi posse ex his stipulationibus, quia non sunt conditionales: idcirco autem conditionales non sunt, quia contrahentes expresserunt conditionem, quae tacite inerat. Quoties autem exprimitur conditio, quae tacite inest, non fit actus conditionalis *l.* 3. *ff. de legat.* 1. *l. in conditionibus* 19. §. 1. *l. aliquando* 107. *ff. de cond. et demonstr.* Enimvero in his stipulationibus videtur expressa conditio, quae tacite inest: cum enim id actum esset inter contrahentes, ut essent duo rei credendi; semper in duobus reis inest tacite ex natura actus conditio illa, *si alteri non solverit*: nam alteri solvendo ab altero etiam liberatur §. 1. *Instit. tit. de duobus reis.* Et haec facultas alteri solvendi durat usque ad litem contestatam *l.* 2. *l. ex duobus ff. de duobus reis.* Et hanc interpretationem probat subtilissimus Bartholomaeus Chesius *lib.* 2. *Interp. cap.* 42.

Sed opponit Bartolus, conditionem, quae tacite inest, impedire actionem *l. item quia* §. *hujus rei ff. de pact.* Quid responderit Chesius, non satis intelligo. Nam *l. si dies* §. *ult. ff. quan. dies leg. ced.* probat potius sententiam
20 Bartoli, quia licet legatum illud conditionale non sit, tamen peti non potest ante existentem conditionem, et ante aditam hereditatem. *l. heredis aditio ff. eod.* Igitur et in casu nostro licet stipulatio non sit vere conditionalis; tamen actio erit differenda quamdiu alteri solvi potest, nec sufficiet, natam esse obligationem *l. cum illud* 25. §. 1. *ff. quan. dies leg.*

Putarem igitur, responderi posse, distinguendum esse. Aut exprimitur id, quod etsi non exprimeretur, tamen differret actionem, quamvis tacite inesset: et tunc expressum differt actionem, sicut eam differt, cum tacite inest: ut in laudatis legibus. Neque enim expressum minorem vim habere debet, quam haberet tacitum. Aut exprimitur id, quod 21
non differebat actionem, tum tacite inerat: et tunc neque expressum differt. Et ratio est, quia expressum nihil operatur, cum supervacuum sit adjicere id, quod inest etiamsi non adjiciatur *l. Cornelius* 69. *ff. de hered. instit. l. si in diem* 46. *l. servo ff. de cond. et demonstr.* In casu nostro quilibet ex duobus reis statim agere potest, licet debitor possit alteri solvere; ed ideo cum non differat actionem id, quod tacite inest, nec expressum eam differre debet.

Ego potius opponerem, quod hujusmodi conditiones *dandi*, *solvendi*, et similes, si exprimantur, personae cohaerent *l. qui heredi in princ. et in* §. *seq. l. si ita expressum ff. de cond. et demonstr.* Et ideo aliam vim habent expressae, aliam tacitae *l. eum qui certarum* 138. §. 1. *ff. de V. O. l. si ita legatum* 65. §. 1. *ff. de leg.* 1. et ideo licet tacitae non faciant 22
actum conditionalem; tamen conditionalem faciunt, si exprimantur *l. si ita expressum ff. de cond. et dem. l. si ita legatum* 65. §. 1. *ff. de leg.* 1. Neque enim poterit dare ejus heredi, neque domino, aut servo *l. sub diversis in fin l. qui heredi ff. de cond. et dem.* Quo fit, ut actus sit conditionalis *d. l. sub diversis.*

Crediderim tamen, alia ratione tentari posse, eas stipulationes non esse conditionales: non quia fuerit expressa conditio, quae tacite inerat. Nam, ut dixi, quando conditio expressa non habet eamdem vim, ac tacita, facit actum conditionalem; sed ex mente contrahentium. Tametsi quis protulerit verba conditionis, 23
ea non faciunt conditionem, si alia mente protulit *l. muto ff. de tutel. l. avia* 77. §. *ult. ff. de cond. et dem.* In casu nostro contrahentes adjecerunt illa verba: *si alteri non dederis:* non animo adji-

ciendae conditionis, sed ut ostenderent, se constituere velle duos reos credendi. Possunt duo rei constitui etiam per stipulationes separatim: sed ita demum, si hoc actum sit, ut duo rei constituantur
24 *l.* 3. *ff. de duob. reis.* In nostra proponuntur duo separatim stipulati: si simpliciter stipulati essent sine aliqua adjectione, non essent duo rei stipulandi *l. reos* §. 1. *ff. de duob. reis princ. Instit. tit. de duob. reis vers. nam si.* Itaque exprimendum erat aliquid, quo constaret, id inter eos actum fuisse, ut duo rei constituerentur. Quare contrahentes expresserunt ea, quae propria sunt duorum
25 reorum. Ea duo sunt: ut debitor utrique in solidum teneatur §. 1. *Instit. de duob. reis l.* 2. *ff. eod.* et ut debitor uni solvens ab utroque liberetur *d.* §. 1. *et d. l.* 2. Haec autem duo expresserunt; reciproca illa conditione: *si alteri non dederis*: quam adjecerunt, non ut suspenderent obligationem, et actionem; sed ut admonerent debitorem eum ita utrique in solidum teneri, ut tamen una solutione posset ab utroque liberari, argumento text. in *l. muto ff. de tutel.* ibi: *Non conditionem in se habere, sed admonitionem, non aliter ei tutelam committi, quam si satis dederit.* Si simul stipulati fuissent, utique essent duo rei, et juxta naturam duorum reorum sine alia adjectione debitor alteri solvere teneretur, si alteri non solvisset. Cum autem separatim stipulati essent, non poterat constare an essent duo rei, nisi hoc, aut simili modo voluntatem suam declarassent. Itaque haec declaratio ex eorum mente habet vim constituendi duos reos, non inducendae conditionis. Vide text. in *l. cum ita legatur* 9. *ff. de opt. leg.* ubi similis conditio resolvitur in alternativam. In casu nostro cum uterque sit stipulatus, et quidem separatim, utrique promissor est obligatus, ut fit in duobus reis: et conditio quoad solutionem resolvitur in alternativam: hoc est, uni, cuicumque volet, solvendo liberatur ab altero.

CAPUT XXVI.

AD L. CUM DUOBUS

52. §. damna ff. pro socio.

SUMMARIUM.

I. Casus fortuitus quomodo appelletur in Jure.
II. Ejus descriptiones.
II. Quid sit *imprudentibus accidere*, et quid significet, *imprudens.*
IV. Explicatur Virgilii locus.
V. Factum Principis est casus fortuitus.
VI. Quid sit casus fortuitus. et n. 16.
VII. Exponitur *l. quae fortuitis* ; *C. de pign. act.* et quid sit casus fortuitos praevidere non posse et num. 16.
VIII. Naufragium, et Piratarum incursus, sunt casus fortuiti: et quare.
IX. Ruinae, et incendia licet Romae frequentissima, sunt casus fortuiti.
X. Mortes animalium, et fugae servorum, casus fortuiti.
XI. Item grandines, aquarum magnitudines, fluminum inundationes, uredines, graculi, sturni.
XII. Item debitoris decoctio.
XIII. Quae sint propria casus fortuiti.
XIV. Rapina est casus fortuitus, non furtum, et quare.
XV. Quid sit *providere*, ad explicationem *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de adm. rer. ad civ. pertin.*
XVII. Casus fortuiti alii soliti, alii insoliti. Defenditur late haec DD. distinctio et nn. seqq.
XVIII. Chasma, labes, frigus immoderatum, sunt casus inopinati.
XX. Opera Naturae non sunt casus fortuiti, nisi sint praeter consuetudinem, et immoderata: ut frigus, aestus, pluviae, venti.

Casus fortuitus appellatur vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, detrimentum fatale, fatalitas, *l. si merces*
25. §. *vis major. l. si fundus* 33. *in fin.* 1
ff. locat. l. verum 11. §. *si locupleti ff. de minor. l. si ut certo* §. *quod vero ff. commod. l.* 1. §. *et ille quidem ff. de oblig. et act. l. fluminum* 24. §. *Servius ff. de damn. infect. l.* 3. §. 1. *ff. nautae, caupon. stabul. l.* 3. *ff. de instr. vel instrum. leg. l.* 1. *C. de jure emphyteut. l. cum duobus* §. *damna ff.*
pro soc. Ipsum autem his descriptioni- 2

bus Veteres explicarunt: *Qui praevideri non potuit: quem nullum humanum consilium providere potest; l. quae fortuitis C. de pignorat. act. l. 2. §. si eo tempore ff. de admin. rer. ad civitat. pertin.* His tamen non videtur esse consentanea Ulpiani descriptio in *l. cum duobus §. damna ff. pro soc. Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia.*

Emendat hanc legem Hotomannus *observ. lib. 4. cap. 16. damna, quae prudentibus accidunt.* Enimvero Latini sermonis elegantiam Ulpiano videtur invidisse. Damna, quae imprudentibus accidunt, sunt damna, quae nobis nihil tale cogitantibus accidunt, quia accidunt praeter opinionem, atque expectationem, quia provideri, ac praecaveri non possunt. Imprudens enim saepenumero dicitur, non qui imprudentiae, et oscitantiae vitio laborat, sed insciens, et ignarus; qui etiam sine ulla culpa, vel factum praeteritum ignorat, vel futurum non providet. Facta etiam prudentissimos fallunt *l. 2. ff. de Jur. et facti ignor.* Futura autem nemo omnia potest providere: nisi Homericus ille vates.

3

Ὃς ᾔδη τά τ' ἐόντα, τά τ' ἐσσόμενα πρό τ' ἐόντα.

Nemo tam prudens est, cui non aliquid accidat praeter opinionem. Hic autem in re, quae praeter opinionem, expectationemque accidit, imprudens dicitur, quia id non providit, non quia imprudenter, aut oscitanter se gesserit: nimirum eo verbo factum potius demonstramus, quam animi vitium. Recte Terentius *in Adelphis act. 5. sc. 4. Numquam ita quisquam bene subducta ratione ad vitam fuit; quin res, aetas, usus aliquid apportet novi, aliquid moneat:* Et in hac significatione passim usurpatur hoc verbum tum a Veteribus Jurisconsultis, tum a Latinis Scriptoribus. A Jurisconsultis in *l. cum ab eo §. ult. ff. de contr. empt. in l. in his rebus §. mulier ff. solut. matrim.* ibi: *Sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens. l. si servus 24. §. servum ff. de action. empt. l. atqui 19. ff. de negot. gest. l. cum fundus 31. §. servum ff. de reb. credit. l. in fundo 38. in princ. ff. de rei vindic.* A Veteribus Scriptoribus, ut a Cicer. *pro Roscio Amer. Haec omnia, Judices, imprudente L. Sylla facta esse certo scio.* Terent. *in Hecyr. Plus hodie boni feci imprudens, quam sciens ante hunc diem umquam.* et in *Andr. act. 1. sc. 3. in fine. At ego hinc me ad forum, ut conveniam Pamphilum, ne de hac re pater imprudentem opprimat.* Cic. pro Sextio, a quo Consul dicitur *imprudens impendentium malorum.* Virgil. *Georg. lib. 1.*

—— Numquam imprudentibus imber Obfuit. 4

Miror in hujus carminis interpretatione herere doctissimos. Hoc nimirum voluit demonstrare Virgilius, tot, ac tam manifesta esse signa imbris impendentis, ut a quolibet praevideri possit: et quamvis noceat agricolis, quia declinari non potest, non tamen nocet iis imprudentibus, sed praevidentibus. Hotomannus tentat emendare duobus modis hunc locum: *numquam prudentibus.* Sed haec emendatio falsam sententiam affingit Virgilio; nam tempestas, et imber nocet etiam prudentibus: est enim vis major, cui resisti non potest. Vel putat corrigendum, *affuit.* Sed hoc multo languidius est, et a Virgiliana majestate alienum. Post illos versus:

At Boreae de parte trucis cum fulminat: et cum
Eurique, Zephyrique tonat domus: omnia plenis
Rura natant fossis, atque omnia navitae ponto
Humida vela legit:

Quam languide subjicitur: *imber affuit? Obfuit* plenius est, et vehementius: et explicatius describit vim imbris, qui nocet etiamsi praevideatur. Et sane imber ille, quem versibus praecedentibus describit, non adest, sed obest. Idem Virgil. 2. *Georg.*

> —— *Nec metuit surgentes pampinus Austros.*
> *Aut actum coelo magnis Aquilonibus imbrem.*

Sed ad rem redeamus. Sunt igitur damna fatalia, quae imprudentibus accidunt: accidunt enim praeter opinionem, atque expectationem nostram nobis non providentibus; quia provideri humano consilio non possunt *l.* 2 §. *si eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. quae fortuitis C. de pignor. act.*

Cavendum tamen est, ne nobis imponat perversa harum legum interpretatio,
quae in errorem induxit quosdam primae
classis Pragmaticos, qui primas in foro
tenuerunt. Existimant illi, nullum esse
5 casum fortuitum, nisi qui sit omnino insolitus et inopinatus. Itaque licet factum Principis referatur inter casus fortuitos, quia ei resisti non potest *l. si fundus* 33. *ff. loc.* si a Principe minuantur reditus locorum, montium, id inter casus fortuitos non putant esse recensendum, quia poterat praevideri, Principem posse illos reditus minuere.

Ut evellamus hunc errorem, luculentius exponendae sunt superiores leges; et
6 natura casus fortuiti accuratius explicanda. Casus fortuitus est, cui humana infirmitas resistere non potest *l.* 1. §. *et ille quidem ff. de oblig. et act. l. ex conducto* §. *si vis ff. locat. l. in rebus in princ. ff. commod. l. in judicio* 28. *C. de locato.* et ideo vis major, vis divina, fatum appellatur, ut initio diximus. Quocirca etiamsi praevideatur, tamen declinari non potest: ut imber ille Virgilianus, qui nocet, etiamsi cum manifesta signa praecesserint significantia futurum imbrem. Est quidem incertus casus fortuitus, cum a fortuna, fatoque pendeat: et ideo recte dictum est, ea, quae fortuitis casibus accidunt, praevideri non
posse in *l. quae fortuitis C. de pignor.*
act. Hoc tamen non ita accipiendum est 7
quod nemo possit praevidere, generatim accidere posse aliquem casum fortuitum. Nemo quidem divinare, ac praesciscere potest, an sit eventurus, an non aliquis casus fortuitus; ac proinde non potest culpae cujusquam adscribi, quod non praecaverit casum, quem ignorabat exiturum. Nemo tamen ignorat, fieri posse, ut casus aliquis accidat: impendent enim semper mille casus nobis occulti, qui etsi a nobis non praevideantur, scimus tamen evenire posse. Sed hoc non impedit, quominus sint casus fortuiti. Dixi fortasse paulo obscurius; sed exemplis luculentius id explicabo.

Qui rem commodat Titio, ut trans
mare ferat, utique praevidere potest tam
ipse, quam Titius, fieri posse, ut naufragium faciat, ut in Piratas incurrat.
Et tamen tam naufragium, quam Pira- 8
tarum incursus casibus fortuitis adscribuntur *l. in rebus* 18. *ff. commod.* Nimirum quia haec incerta sunt, et a casu pendent, nec praecaveri, ac declinari possunt.

Nemo ignorat evenire posse, ut aedes vel incendio absumantur; vel corruant. Frequentissima erant incendia Romae, frequentissimae ruinae. Juven. *Sat.* 3.

> *Nam quid tam miserum, et tam solum vidimus, ut non*
> *Deterius credas horrere incendia, lapsus*
> *Tectorum assiduos.*

Senec. *lib.* 2. *Controv: Tanta altitudo*
est aedificiorum, tantaeque viarum an- 9
gustiae, ut neque adversus ignem praesidium, neque ex ruinis ullum ullam in partem effugium sit. Hinc saepe co-

hibita aedificiorum. altitudo, ut crebris ruinis occurreretur. Hinc ab Augusto institutae Vigilum cohortes ad extinguenda incendia, qui non alium ei rei sufficere, quam Caesarem credidit. *l.* 1. 2. *et* 3. *ff. de off. Praef. Vigil.* Cui igitur non veniret in mentem, vel ruinam, vel incendium existere posse? Nihilominus tamen, quia haec sunt incerta, sunt a casu, evitari non possunt, inter casus fortuitos recensentur in *l.* 1. §. *et ille quidem ff. de oblig. et act.* §. *item is cui Inst. tit. quib. mod. re contrah. oblig. l. contractus ff. de Reg. Jur. l. in ratione* 30. *in princ. ff. ad Leg. Falc.*

Quid mortes animalium? Non adeo
10 raro accidunt, ut conductor gregis non
possit praevidere, ac suspicari eas existere posse. Virgil. 3. *Georg.*

Non tam creber agens hyemem ruit aequore turbo,
Quam multae pecudum pestes.

Quid fugae servorum? quam frequentes illae fuerunt? Ut quotidianas praetermittam, an non Eunus, Athenio, Spártacus fugitivorum exercitus ingentes, et Romanis ipsis formidabiles coegerunt? Et tamen animalium mortes, et fugae servorum casibus fortuitis adscribuntur in *l. contractus* 23. *in fin. ff. de Reg. Jur. l. in ratione* 30. *in princ. ff. ad Leg. Falcid.* nec ab ullo praestantur, quia sine culpa nostra accidunt, et facile praecaveri non possunt.

Conductor agri certe non ignorat fieri posse, ut grandine segetes prosternantur, uvae, et oleae decutiantur, (quam *fundi calamitatem* vocat Terentius, Ulpianus vero *calamitosam tempestatem*)
uredine corrumpantur, a graculis, ac
11 sturnis absumantur: aquarum magnitudine, fluminum inundatione vastentur agri: et tamen haec inter casus fortuitos numerantur in *l. ex conducto* §. 1. *ff. loca.* in *l. contractus ff. de Reg. Jur.* in *l. in ratione ff. ad Leg. Falc.*

Quid? estne quicquam frequentius, quam debitores facultatibus labi? Estne quisquam adeo rudis, ac rerum ignarus, qui nesciat fieri posse, ut debitor facultatibus labatur, et tempore fiant pejora debitorum nomina? Et tamen hoc fieri
casu fortuito, et hunc casum humano 12
consilio provideri non posse traditum est in *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de admin. rer. ad civit. pertin. l. in ratione in princ. ff. ad Leg. Falcid.* Nimirum quia nec praevideri potest id futurum. nec evitari: idque sine culpa nostra, et praeter expectationem accidit.

Recte igitur, et eleganter, ut semper, M. Tullius *lib.* 5. *epist.* 17. *Communem, et incertum casum, neque vitare*
quisquam nostrum, neque praestare 13
ullo pacto potest. Haec duo sunt propria casus fortuiti: ut sit *communis*, hoc est, cuilibet potuerit evenire, adeoque vitari non potuerit: ut sit *incertus*, atque adeo praestari non potuerit. Quamobrem licet rapina furto cognata sit; tamen rapina est casus fortuitus, furtum non item, *l. contractus ff. de Reg. Jur. l. cum duobus* §. *damna ff. pro soc.*
Rapina enim vitari non potest, nec pro- 14
videri ne accidat, quia vim continet *princ. tit. Inst. de vi bon. raptor.* vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest *l.* 2. *ff. quod met. caus.* Contra furtum, in quo nulla vis adhibetur, a diligenti patrefam. praecaveri potest, raro sine culpa nostra accidit.

Hic autem operae pretium est animadvertere, quod in laudata *l.* 2. §. *si eo tempore ff. de admin. rer.* non dixit J. C. casus fortuitos esse, qui praevideri non possunt: sed, *qui nullo humano*
consilio provideri possunt: hoc est, ad- 15
versus quos caveri non potest, ut explicant Imperatores in *l. tutoribus* 4. *C. de peric. tutor.* Providere enim, etsi significet futura longe ante videre: tamen plerumque significat curare, ut aliquid fiat, vel non fiat, et praecavere, ne quid accidat. Terent. in Andr. *Quae si non-*

astu providentur, me, aut herum pessumdabunt. Cic. 3. *in Verr. Nam qua invidia C. Junius conflagrarat, ea, nisi providisses, tibi ipsi tum pereundum fuisset.* Caes. *de Bell. Gall. lib.* 5. *Tum demum Titurius, uti qui nihil ante providisset, trepidare.* Cic. *lib.* 6. *epist.* 10. *ad Trebat. in fine*: *Quae sunt in fortuna temporibus regentur, et consiliis nostris providebuntur.* Hinc frequens illa in Rescriptis Imperatorum formula: *Praeses, vel Judex providebit l. qui legati* 5. *C. ut in possess. legat. l.* 3. *C. si min. se major. dixer. l.* 2. *C. de tempor. in integr. rest. l. ult. C. comm. divid. l. ex pecunia* 12. *C. de jur. dot. l. si creditores* 18. *C. de pact. l. nec omissa C. de liber. causa*: et alibi passim. Hinc providus dicitur, qui solers est, et cautus in accurandis iis, quae ad rem bene gerendam, et vitanda pericula, et imminentia damna conducunt. Quapropter providum fortuito opponitur. Cicer. *de Natur. Deor. Atque ut intelligamus, nihil horum esse fortuitum, et haec omnia esse opera providae, solertisque naturae.*

Ex quibus conjecturam facio etiam in *l. quae fortuitis C. de pignor. act.* le-
16 gendum esse *cum provideri non potuerint*: ut legitur in quibusdam optimae notae codicibus: quae lectio et multo elegantior est, et multo accommodatior ad explicandam naturam casus fortuiti. Cicer. *lib.* 2. *de Invent.* agens de accusando eo, qui se defendit necessitate casus fortuiti. *Postea demonstrare potuisse evitari: et hac ratione provideri potuisse, si hoc, aut illud fecisset; aut nisi fecisset, praecaveri.* Est enim casus fortuitus, fortunae vis, quae obstat hominum voluntati, et eludit eorum consilia. Id. *eodem libro* 2. *de Invent. Casus autem inferetur in concessionem, cum demonstrabitur aliqua fortunae vis voluntati obstitisse.* Idem *pro M. Marcello*: *Numquam ad consilium casus admittitur.* Et pro Rabirio Postum. de facto Regis, quod putabatur casus fortuitus, ait: *Nolite igitur fortunam convertere in culpam, neque Regis injuriam hujus crimen putare: nec consilium ex necessitate: nec voluntatem ex vi interpretari.* Recte, nam in Jure nostro haec tria considerantur: dolus: culpa: casus fortuitus. Quod caret dolo et culpa, adscribitur necessitati ac vi, et casus fortuitus appellatur *l. contractus* 23. *ff. de Reg. Jur.*

His expositis, constat, egregie allucinari eos, qui reprehendunt distinctionem nostrorum Interpretum inter casus solitos, et insolitos: et arbitrantur, omnes casus fortuitos insolitos esse, cum sint omnes omnino inopinati. Enimvero casus 17
fortuiti, si comparentur ad ea, quae quotidie naturaliter accidunt, sunt omnino insoliti: si vero inter se conferantur, alii soliti sunt, alii insoliti. Sunt enim quidam casus, si frequenter accidunt: sunt quidam alii, qui insolenter, ac raro, ac fere numquam. Et hi sunt omnino inopinati, quia vix possunt homini vel cautissimo ac solertissimo in mentem venire: 18
ut est chasma, et labes, cum ad ingentem altitudinem terra desedit: ut fuit frigus anni praesentis, quo ubique oleae omnes adustae, et alicubi etiam vites aruerunt, cujus vix apud Scriptores extat memoria, quo referri potest responsum Jurisconsulti de nivibus immoderatis, quae frumenta corruperant in *l. fistulas* §. *ult ff. de contrah. empt.*

Qui hanc distinctionem reprehendunt, 19
tuentur se auctoritate J. C. in *l. fistulas* §. *ult. ff. de contr. empt. Frumenta, quae in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi, aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt. Si immoderatae fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.* Vel, ut docti Viri emendant: *contra consuetudinem tempestates.*

Sed meminisse oportet ejus, quod supra monuimus ex Cicerone: opera providae, solertisque naturae fortuitis oppo-

20 ni. Quamobrem haec non dicuntur fortuita, nec ad fortuitos casus referuntur, nisi sint insolita, immoderata, et praeter solitum, et consuetum naturae ordinem. Pluviae, venti, nives, frigus, aestus, tumentes fluminum undae, sunt opera providae, solertisque naturae: adeoque ad casus fortuitos non pertinent, nisi immoderata sint, et praeter solitum, et contra consuetudinem. Quamobrem recte Ulpianus in *l. ex conducto* §. 1. *ff. locati* ait, *Aut Solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse.* Fervor Solis naturaliter quotannis accidit: atque adeo ut ad casus fortuitos referatur, necesse est, ut sit contra consuetudinem, non sit assuetus. Eadem ratione in *l. contractus in fin. ff. de Reg. Jur.* ad casus fortuitos referuntur non aquae, aut pluviae, sed aquarum magnitudines: et in *l. fluminum* 24. §. *Servius ff. de damn. inf.* non venti, sed ventorum violentia: et in *l. damni infecti* 43 *ff. eod. Sed si tanta vis venti fuisset, ut quamvis firma aedificia convelleret.* et in §. *cum autem emptio Inst. tit. de empt. et vendit. Inundatione aquae, aut arboribus turbine dejectis.* Haec enim omnia, cum sunt consueta, naturalem rerum cursum non praetergrediuntur, ideo fortuita esse non possunt. Cum vero insolita sunt, et immoderata, non naturaliter accidere, sed vim divinam habere creduntur *d. l. fluminum* §. *Servius ff. de damn. inf.* Verissimum est quod diximus, omnes casus comparatos ad ea, quae in dies naturaliter accidunt, insolitos esse.

CAPUT XXVII.

AD L. QUIDAM TESTAMENTO 96. *ff. de legat.* 1.

SUMMARIUM.

I. Quid differat assignatio fundi taxative, an demonstrative facta sit.
II. Plura exempla fundi assignati demonstrative.
III. Plura exempla fundi assignati taxative.
IV. Quando taxationis, vel demonstrationis vicem obtineat fundi assignatio, et n. 17.
V. Quando certum corpus deducitur in obligationem, semper illud taxative fit.
VI. Secus est in emptione: et quare?
VII. Error in materia licet non vitiet alios contractus, vitiat emptionem; et quare?
VIII. Venditor non debet asseverare, quae ignorat.
IX. Conditiones quae ad praesens, vel praeteritum referuntur, non faciunt actum conditionalem.
X. Aliud est taxatio fundi: aliud taxatio temporis.
XI. Dies non ad finiendam obligationem, sed ad differendam solutionem adjicitur, et quando secus?
XII. Adjectio reditus, aut fructus conditionaliter facta semper vicem taxationis obtinet.
XIII. Demonstratio in futurum collata conditionem facit.
XV. Qui legat id, quod a Titio heres exegerit, videtur legare actionem, quam habet adversus Titium; sicut qui legat, quod sibi debetur.
XVI. Fundus obligatus pignori numquam vicem taxationis obtinet: et quare? Pignus neque auget, neque minuit obligationem.
XVII. Cum certa quantitas deducta est in obligationem. assignatio loci habet vim demonstrationis, et n. 20. et 21.
XVIII. Certa aetas conditionem facit adjecta Substantiae legati, non ejus executioni.
XIX. Dies incertus exonerandi heredis causa adjectus, non facit conditionem.
XXII. Fundus assignatus substantiae legati, habet vim texationis, et n. seqq.

In celebri illa quaestione, quae saepenumero in Foro agitatur, an assignatio certi fundi, vel loci, vel summae, facta censeatur taxationis, vel demonstrationis causa, multae occurrunt leges, quae videntur inter se pugnare, et accurata indigent explicatione. Non raro hac de re disputandum est: nam facile evenire solet, ut fundus destinatus, et assignatus, vel initio, vel progressu temporis non sufficiat ad erogandam debitam praestationem: quo casu si taxationis causa fundus est assignatus, non tenetur aliunde 1
supplere, qui ad eam praestationem est

obligatus: si vero demonstrationis causa sit adjectus, supplere tenebitur, et integram praestationem solvere, etiamsi ex fundo assignato redigi non possit. *l. quidam testamento* 96. *in princ. ff. de legat.* 1. *l. Paula Callinico* 27. *ff. de leg.* 3. *l. cum certus ff. de trit. vin. et ol. leg.*

Quod fundus demonstrationis causa sit assignatus, probari videtur primo ex *l. quidam testamento* 96. *in princ. ff. de legat.* 1. ubi proponitur hujusmodi legatum: *Aureos quadringentos Pamphilae dari volo; ita ut infra scriptum est: a Julio actore aureos tot, et in castris,*
2 *quos habeo tot; et in numerato quos habeo, tot* Testator ante mortem summas illas in alios usus convertit. Quaesitum est, an heres nihilominus teneretur ad solvendos Pamphilae quadringentos. Respondit Julianus: *Verosimilius est patremfam. demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset; et ideo quadringenti Pamphilae debebuntur.*

Secundo, ex *l. Paula Callinico* 27. §. *Julianus ff. de leg.* 3. ibi: *Placuit Imperatori non videri ejus fideicommissum, sed demonstratum unde accipere posset, et ideo heres Severi haec praestare debet.*

Tertio, ex *l. Lucius Titius* 12. *ff. de aliment. leg.* ibi: *Paulus respondit, cibaria, et vestiaria integra deberi: neque ex eo, quod postea praedia his pignoris jure testator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum vel auxisse ea, quae reliquerat, videri.*

Huc etiam referunt Interpretes nostri textus in *l. ex eo vino* 13. *ff. de trit. vin. et ol. legat.* in *l. Firmio Heliodoro* 26. *ff. quan. dies legat. ced.* in *l. inter stipulantem* §. *sacram. ff. de V. O.* in *l. legatum* §. *vini ff. de ann. leg.* In quibus supplenda est quantitas legata, vel promissa ex reditu aliorum annorum, si minus aliquo anno collectum fuerit ex reditu fundi assignati.

Contra vero quod fundus videatur assignatus causa taxationis, adeoque supplendum non sit, si minus ex eo redigi possit, probari videtur ex *l. cum certus* 3
5. *ff. de tritic. vin. et ol. leg.* ibi: *Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset; et minus natum esset, non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere haec verba; quod natum erit.*

Secundo, ex *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* ibi: *Verisimile est eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset usque ad decem pondo olei: idcirco solis quinque collectis non amplius emptor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent.*

Tertio, ex *l. nomen debitoris* 34. §. *uni ex heredibus ff. de leg.* 3. ibi: *Respondit manifeste proponi, ex reditibus bonorum eorum jussum aes alienum exsolvere, non de proprio.*

Ut has, et alias leges conciliemus, et magis distincte, atque explicate, quam ab aliis factum sit, hanc quaestionem exponamus, primum monendum est, huic quaestioni tantummodo locum esse, quando certa quantitas legatur, aut deducitur in obligationem, eaque percipienda est ex reditu alicujus fundi, vel ex aliquo loco: tunc enim in controversiam vocatur, an adjectio illa loci, vel fundi habeat vim taxandae, ac minuendae obligationis, si ex eo loco, vel fundo tota illa quantitas redigi, ac percipi non possit. Et de hoc agunt omnes leges modo laudatae, ut facile poterit quilibet animadvertere. Contra vero, si non certa 4
quantitas ex fundo assignato percipienda deducatur in obligationem, sed ipse fun-

dus, vel certum corpus in obligatione ponetur, et deinceps ejus reditus, vel quantitas enuntietur: tunc haec adjectio demonstrationis causa facta censetur, nisi constet de contraria voluntate. Quamobrem in *l. si servus* 108. §. *qui quinque ff. de leg.* 1. responsum est, quod si testator legaverit decem, quae in arca habet, si quinque habeat, quinque tantum debentur: idemque esse in stipulatione. Et in *l. si ita legatum* 65. *in princ.*
5 *ff. eod.* Si quis legaverit decem servos, praeter eos, quos Sejo legavit, et pauciores inveniantur, illi tantum debentur. Cum enim certum corpus legatum sit *d. l. si servus* §. *qui quinque l. sed si certos* 51. *et l. plane* 34. §. *sed hoc ita ff. de leg.* 1. corpus illud deducitur in obligationem, ut ajunt; taxative, et quantumcumque sit, ipsum solum debetur; quantitas autem, et summa adjecta est demonstrative, adeoque non auget legatum, nec tenetur heres supplere, si desit aliquid quantitati demonstratae. Neque enim quantitas deducta est in obligationem, sed certum illud corpus nummorum, qui in arca sunt, et ideo si nihil sit in arca, nihil est in legato *l.* 1. §. *sed et si dotem ff. de dot. praeleg. d. l. si servus* §. *qui quinque, et l. si ita legatum in princ. ff. de leg.* 1.

Alia tamen causa est emptionis, et venditionis, nam si venditor hominis dixerit peculium eum habere decem, nec
6 quicquam adempturum: si plus sit in peculio, totum praestare debet: si minus, praestare debet decem, quae in peculio esse dixit *l. si venditor in princ. ff. de action. empti.* Nam in emptione, et venditione id, de quo convenit, omnino praestandum est. *l. ex empto* 11. §. 1. *ff. de action. empt. l. eum venderem ff. locat.* et quod venditor in contrahendo dixit, omnino praestare debet, nam emptor decipi non debet, qui forte aut empturus non fuisset, aut minoris emptu-
7 rus *l. quaero* 39. *ff. de action. empt.* Et ideo error in materia licet non vitiet alios contractus *l. si id quod aurum* 22. *ff. de V. O. l.* 2. *ff. de pign. act. l. cum aes ff. de furt.* vitiat tamen emptionem, et venditionem *l. in venditionibus* 9. §. *ult. l. alioquin in princ. l. quid tamen in fin. l. eum ab eo* §. *ult. ff. de contr. empt. l. si sterilis* §. *quamvis ff. de action. empt.* quia praesumitur, emptorem non fuisse empturum, si scivisset alterius esse materiae: quo fit, ut propter dissensum vitiari traditum sit in *d. l. in venditionibus, et in d. l. alioquin. ff. de contr. empt.* Qui error licet sit causa dissensus in emptione, propter pretium, quod est ab emptore solvendum; tamen non est causa dissensus in aliis contractibus: alioquin enim nec alii contractus valerent *l. inter* 85. §. 1. *l. continuus* §. 2. *ff. de V. O.* §. *si de alia Inst. tit. de inut. stip.* Cum igitur venditor praecise teneatur ad praestandum id, quod dixit, ne emptor decipiatur: et in *d. l. si venditor ff. de action. empt.* duo dixerit, et affirmaverit: servum habere peculium, et in peculio esse decem: utrumque praestare tenetur. Primum praestare tenetur totum peculium quantumcumque sit: dixit enim, se nihil adempturum. Potius enim assentior 8
Accursio, qui putet, illa esse verba contrahentium, quam Fabro, qui eum reprehendit, existimans, esse verba Jurisconsulti: tota enim complexio verborum cum antecedentium, tum subsequentium pro Accursio est. Praeterea praestare tenetur, in peculio esse decem, sicut dixit, et ideo si minus sit, supplere debet. Neque audiendus est venditor, si dicat, se ignorasse quantum esset in peculio: non enim debuit facile, quae ignorabat, asseverare. *l. Julianus* §. *quid tamen ff. eod.*

Neque quisquam putet, idem traditum fuisse de stipulatione in *l. si ita stipulatus* 120. *ff. de V. O.* Etenim ibi non quaeritur de supplenda summa, si centum aureorum non sit, sed solum quaeritur, an haec stipulatio, *hanc summam centum aureorum dare spondes,*

9 sit conditionalis, necnè. Respondit Papinianus, non esse conditionalem: nam etiamsi contrahentes ea mente stipularentur, ut tantummodo debeatur ea summa, *si modo centum aureorum sit*; tamen non erit conditionalis stipulatio, quia verba, quae ad praesens tempus referuntur, non faciunt conditionem *d. l. si ita stipulatus in fin. ff. de V. O. l. itaque ff. de reb. cred.* quia non suspendunt actum *l. cum ad praesens ff. eod. §. conditiones Inst. tit. de V. O.* Non affirmat, praesumi contrahentes ita sensisse: hoc enim falsum est *l. si servus §. qui quinque ff. de legat.* 1. sed affirmat non esse conditionalem stipulationem, etiamsi ita senserint, ut ostendat, nullo casu dici posse conditionalem.

Secundo, operae pretium est animadvertere, multum interesse inter taxationem loci, vel fundi, et taxationem temporis; quod non distinguentes DD. no-
10 stri, in varios errores prolapsi sunt. Itaque perperam existimarunt in *l. ex eo vino ff. de trit. vino et ol. leg.* in *l. legatum §. vini ff. de ann. leg.* in *l. Firmio Heliodoro ff. quando dies leg. ced.* in *l. inter §. sacram ff. de V. O.* fundum adjectum fuisse demonstrationis causa. Vere enim fundus taxationis causa fuit assignatus, sed cum tempus taxatum non fuerit, si quid uni anno defuerit, suppletur ex aliis annis. Non est supplendum ex alio fundo, sicut suppleri debet, quoties fundus demonstrationis causa fuit adjectus, nec tenetur quicquam debitor praestare, nisi id, quod in eo fundo natum erit: nihil tamen interest utrum hoc, vel illo anno natum sit *d. l. legatum §. 1. ff. de ann. leg. d. l. ex eo vino ff. de trit. vin. et ol. leg.* Expectandum est igitur donec nascatur id, quod debetur *l. inter §. sacram. versic. pro quo et illud ff. de V. O.* Imo etiamsi praefinitum sit certum tempus; tamen tempus illud non taxationis, sed differendae obligationis causa praesumitur adjectum: ac propterea longius tempus est expectandum. Quamobrem si quis ita leget: *fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu praediorum futuri anni*; si minus quam quinquaginta colligatur primo anno, expectanda est ubertas secundi anni: nam legato non conditio adjecta videtur, sed prolatum tempus solvendae pecuniae *l. Firmio Heliodoro ff. quan. dies legat. ced.* Dies enim obligationi adjicitur ad differendam solutionem, ne praesenti die pecunia debeatur *l. eum qui §. 1. ff. de V. O. §. omnis stipulatio Inst. tit. de V. O.* non ad 11
eam taxandam, aut limitandam ad certum tempus, cum hoc sit contrarium naturae temporis adjecti, quod ipso jure obligationem finire atque extinguere non potest *l. obligationum fere 44. §. 1. versic placet ff. de oblig. et act. §. at si ita Inst. de V. O.* Non potest igitur peti ante diem, cum dies adjectus fuit *l. nihil peti 186. ff. de Reg. Jur. d. §. omnis Inst. tit. de V. O. l. 2. §. qui ita ff. de eo quod certo loco. l. non tamen 9. ff. ut legat. nom. cav.* potest tamen peti quandocumque post diem; hoc enim est in arbitrio debitoris, quando petere velit post diem. Recte igitur respondit J. C. quod cum tempus futuri anni sit adjectum ad proferendam solutionem, expectanda sit ubertas secundi, si ex reditu primi anni redigi non possint quinquaginta. Adjicitur quidem dies aliquando ad finiendam obligationem *d. l. obligationum fere §. 1. vers. placet ff. de V. O. et §. at si ita Instit. eod.* Sed cum hoc repugnet naturae temporis, quia tempus non est modus constituendae, aut tollendae obligationis *d. l. obligationum, et d. §. at si ita*, si non constet de contraria voluntate adjicientis, semper intelligitur adjectum differendae solutionis causa, cum hoc sit maxime conveniens naturae ipsius temporis. In specie proposita in *d. leg. Firmio Heliodoro ff. quan. dies leg. ced.* non constabat de contraria voluntate testatoris; quia verba illa, *futuri anni*, sunt apta per se ad compre-

hendendum tam primum, ac proximum, quam omnes alios annos insequentes *l. eum qui Calendis in princ. ff. de V. O.* quapropter nulla causa est, cur ea verba debeamus interpretari contra naturam ipsius temporis, et contra consuetudinem testatorum, et etiam contra conjecturam voluntatis ejus, qui legavit quinquaginta, quem verisimile non est legatum minuere voluisse per adjectionem temporis, quod non minuendae, aut tollendae obligationis causa adjici solet, sed differendae solutionis.

Tertio, monendum est, quod quando reditus fundi, aut fructus adjectus est per modum conditionis, semper facit ta-
12 xationem. Ratio in promptu est, quia ea vis est, et natura conditionis, ut existens actum perficiat, deficiens actum irritet, perinde ac si non fuisset celebratus *l. haec venditio* 71 *in princ. ff. de contr. empt. l. necessario* 8. *ff. de peric. et comm. rei vend. l. si quis* 37. *ff. de contr. empt. l. Thais* 41. §. *intra ff. de fideic. libert. l. pupillorum C. de adm. tutor.* Cum autem deficiens conditio impediat, ne nascatur obligatio; multo magis habet vim ejus minuendae. Quapropter cum J. C. quaerunt, an destinatio, et assignatio fundi, vel loci, unde percipiendum est id, quod debetur, taxationis vicem obtineat, an demonstrationis, semper illud expendunt, an testator per illam destinationem, et assignationem voluerit adjicere conditionem legato: et si voluit adjicere conditionem, taxatio est, sin minus, demonstratio ut in *l. quidam testamento ff. de leg.* 1. et in *l. Firmio Heliodoro ff. quan. dies leg. ced.* in *l. nuper* 85. *ff. de leg.* 3.

13 Hinc constat cur in *l. cum certus* 5. *ff. de trit. vin. et ol. leg.* et in *l. legatum* §. *vini Falerni ff. de ann. legat.* et in *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contr. empt.* vim taxationis obtineant verba illa: *quod natum erit*: *quod nascetur*, et similia: nam verba illa conditionem faciunt *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. et demonstr.* Demonstratio enim in futurum collata conditionem facit *l. nuper* 85. *in fin. ff. de leg.* 3. *l. quoties* 11. *ff. de rebus dub. l. Stichum qui meus* 6. *ff. de leg.* 1. Et ideo minuitur obligatio pro ea parte, pro qua falsa erit demonstratio *l. scribit* 34. *in fin. ff. de aur. et arg. legato.*

Nec obstat text. in *l. Firmio Heliodoro in princ. ff. quand. dies legat. ced.* Nam ibi longe alia quaestio pertractatur: an scilicet tempus illud, quod fuit adjectum *futuri anni* conditionem faciat, et 14
restringat obligationem ad proximum annum, an vero sit adjectum ad differendam solutionem, adeoque comprehendat omnes futuros annos quoad creditorem.

Non obstat etiam textus in *l. ut heredibus* 50. *alias l. si Titius* 51. §. *cum ita ff. de leg.* 2. ubi ex sententia Publicii respondit Marcellus, purum esse, non conditionale hujusmodi legatum: *quantam pecuniam heres meus a Titio exegerit, tantam Maevio dato.* Nam testator non adjecit illam demonstrationem animo restringendi, ac minuendi legati. 15
Voluit enim legare totum id, quod a Titio exigi posset: hoc est, voluit legare nomen debitoris: sed ut legatarium liberaret ab incommodo, et molestia exigendi, gravavit heredem ut exigeret, et quod exegisset Maevio legatario solveret. Itaque in eo legato licet ex verborum conceptione videatur contineri summa, quae ab herede fuerit exacta: tamen vi ipsa continetur ipsum jus exigendi, et actio, quae heredi competit adversus Titium: et ideo si legatarius velit, sibi praestari actiones adversus Titium, poterit statim heredem cogere ad eas sibi praestandas *d. l. ut heredibus in fin.* Non aliter qui legat centum, quae sibi a Titio debentur licet verborum conceptione contineantur in legato centum; tamen vi ipsa legata est actio, quae competit adversus Titium, et heres non tenetur praestare centum, sed actionem cedere §. *tam autem* 21. *Instit. tit. de legat. l. si sic legatum* §. *quod si ff. de legat.* 1.

Et ideo si Titius nihil debeat, inutile est legatum, quia nulla est actio quae cedi possit *d. l. si sic legatum* §. *quod si.*

Quarto denique animadvertendum est, quod quando fundus creditoris alicujus quantitatis annuae obligatur vice pignoris, ut ex eo quantitatem illam annuam
16 percipiat, dubitari non potest, illam fundi obligationem taxationis vim habere non posse, ut traditum est in *l. Lucius Titius.* 12. *ff. de alim. vel cibar. leg.* Pignus enim potest esse tum majus, tum minus debito, pro quo obligatur: et si majus sit, non auget obligationem: si minus, eam non minuit. Non potest enim mutare principalem obligationem pignus, quod ei accedit, eamque sequitur *l. cum principalis ff. de Reg. Jur. c. accessorium de R J. in* 6. Absurdum autem esset pignus, quod pro securitate creditoris constituitur, et ut creditori cautum sit §. *ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. l.* 1. §. *jubet* 9. *ff. de collat.* minuere obligationem creditoris: et quod ad fulciendam, et confirmandam obligationem datur, eam extenuare, et pro parte saltem irritare, et infirmare contra text. in *l. nulla Juris ff. de legib.*

Haec, quae hactenus exposuimus, non satis accurate distinguentes, ac perpendentes Interpretes nostri, rem per se dubiam, et controversam infinitis difficultatibus involverunt. His autem expositis paucae admodum leges supersunt explicandae, ex quibus haec extitit controversia. Solent autem DD. ita distingue-
17 re. Si fundus, vel locus, unde percipienda est quantitas lagata, sit adjectus, et assignatus in eadem oratione, taxationis vim habet assignatio: si vero in diversa oratione, demonstrationis. Alii vero distinguunt, utrum fundus si adjectus ipsi legato, vel donationi, vel substantiae contractus: an vero executioni, et solutioni. Primo casu taxationis, secundo demonstrationis vicem obtinere. Existimo etiam superioris sententiae auctores hoc idem dicere voluisse; sed aliis verbis expressisse. Quid enim interest una, an duabus orationibus testator id comprehendat, nisi quod fundus adjectus in eadem oratione adhaeret substantiae legati, et obligationis: in diversa vero oratione adjectus, solet respicere executionem obligationis? Et haec rationem habent. Nam cum substantia obligationis consistit in aliqua certa quantitate, quae in obligationem deducta est, non mutat ipsam obligationem, nec minuit quantitatem, quod testator, vel debitor adjiciat locum, aut fundum, unde illa percipienda est, et solvenda. Hoc enim solummodo respicit solutionem, et afficit legati executionem, non vero ipsam obligationem pure contractam: ac propterea substantiam obligationis mutare non potest. Et hoc est, quod traditur in *l. quidam testamento* 96. *ff. de leg.* 1. *Vero similius est, patremfam. demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset.*

Idem quoque constitutum est in adjectione certae aetatis. Certa aetas legatarii 18
adjecta legato conditionem facit. *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quando dies leg. ced.* Nam dies incertus facit conditionem *d. l. si Titio, et l. dies incertus. l. si quis* 54. *l. heres* 79. *ff. de cond. et dem. l. si ita scriptum* 45. §. *ult. ff. de leg.* 2. *l. si ita scriptum ff. de manum. testam. l. quodcumque* §. 1. *ff. de V. O.* Sed conditionem facit certa aetas, quoties est adscripta ipsi legato, et cohaeret substantiae legati: coeterum, quando est adjecta solutioni, et executioni legati conditionem non facit, *l. ex his verbis C. quando dies leg. ced. l. Firmio Heliodoro* §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* Nam dies adjectus solutioni, non afficit obligationem, cui non fuit adjectus, et ideo obligationem non suspendit. Quo fit, ut testator adjiciendo diem solutioni,

videatur voluisse solutionem prorogare: aliud antem est prorogare solutionem, aliud injicere conditionem legato, vel fideicommisso *l. Sejus Saturninus ff. ad S. C. Trebell.* Item quoties dies incer-
19 tus exonerandi heredis causa adjicitur solutioni, eam in plures pensiones, ac plures annos distribuendo heredis commodo, conditionam non facit *l. si cum praefinitione ff. quando dies leg. ced.*

Eadem est ratio fundi, locique, ac personae adjectae. Haec adjectio conditionem facit, quoties substantiae obligationis adjicitur *l.* 1. §. *ult. ff. de cond. et dem.* si vero adjiciatur solutioni, et executioni legati, vel alterius obligationis, et ipsius heredis commodo, ut sciat unde possit commode debitam quantitatem cogere, non facit conditionem, nec minuit obligationem. Et hoc innuit Jnlianus
20 in *l. quidam testamento in princ. ff. de legat.* 1. illis verbis: *Verosimilius est patremfam. demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent.* Qnotiescumque igitur apparet, testatorem voluisse demonstrare heredi, unde posset commode percipere quantitatem solvendam, tunc adjectio loci, vel fundi conditionem non facit, nec vicem taxationis obtinet. Hoc autem apparet, quando testator legato pure relicto adjicit locnm, vel fundum, nnde solvi possit, ut in *d. l. quidam testamento ff. de leg.* 1. ibi: *fideicommisso, quod initio pure datum esset.* Qui legato, quod initio pure datnm est, adjicit locum, unde solvi possit, ad expediendam solutionem, non ad minnendam obligationem videtnr adjecisse.

His probe constitutis, facilis est omnium legum, quae supersunt, expositio, et conciliatio. In *l. quidam testamento ff. de leg.* 1. initio quadringenti pure legati fuerunt: postea adjectnm, unde paterfam. sine incommodo rei familiaris posset quadringentos contrahere. Haec adjectio, est demonstratio, non taxatio aut conditio: et ideo debentnr quadringenti, etiamsi ex locis a testatore demonstratis contrahi non possint.

In *l. Paula Callinico §. Julianus ff. de legat.* 3. Julianus alumno suo quinquaginta legaverat: eaque a Juliano Mauro colono suo ex pensionibus sibi debitis praestari voluerat. Manifeste hic locus, 21
unde percipienda est pecunia legata, adjectns est praestationi legati, quod initio pure datum erat. Et ideo recte JC. ait, hic fuisse *demonstratum, unde heres accipere posset.*

Contra vero in *l. nomen debitoris §. uni ex heredibus ff. de legat.* 3. injunctum erat uni ex heredibns onus solvendi aes alienum, quod ex bonis Aretonis debebatur: et assignati erant reditus eorum- 22
dem bonorum ad solvendum hujusmodi aes alienum: itaque assignatio respiciebat ipsum onus injunctum, et ejus substantiae adjecta erat. Oneris enim substantia consistebat in ipsa solutione aeris alieni: et huic ipsi oneri sustinendo assignatus est certus fundus. Qnamobrem recte responsnm est a Scaevola, hanc assignationem taxationis vicem obtinere his verbis: *Respondit, manifeste proponi ex reditibus bonorum eorum jussum aes alienum exsolvere, non de proprio.*

Idem traditum in *l. Firmio Heliodoro in princ. ff. quan. dies legat. ced. Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu praediorum meorum futuri anni.* Non dubitat Juriscon- 23
sultns, qnin praedia sint assignata taxationis causa, adeo ut non teneatur heres de proprio solvere, quia assignatio adjecta est substantiae legati. Dubitat tantummodo, an illa temporis adjectio, *futuri anni*, conditionem faciat, et restringat legatum ad reditus proximi anni: an vero contineat prorogationem solutionis, et extendatur ad annos insequentes. Quapropter si testator non adjecisset illa verba, *futuri anni*, nulla fuisset du-

bitatio, quin hujusmodi legatum restrictum esset ad reditus praediorum, nec de proprio, aut aliunde solvendum non esset.

Item in *l. inter stipulantem* §. *sacram versic. pro quo ff. de V. O.* stipulatus est quidam *ex fundo centum amphoras vini*. Manifeste hic fundus est adjectus
24 substantiae obligationis. Et ideo ait JC amphoras vini non deberi, nisi ex vino, quod in fundo natum erit, et si fuerit bona fide consumptum a promissore, expectandum, ut iterum nascatur, et per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem.

CAPUT XXVIII.

AD L. GENERALI

32. §. *Uxori* 2. *ff. de usufr. leg.* et *l. praedia* 27. §. *liberto* 3. *ff. de instr. vel instrum. leg.*

SUMMARIUM.

I. Designatio certi loci aliquando restringit legatum.
II. Legato rerum quae alicubi sunt, continentur quae inde casu absunt: et non continentur, quae ibi casu sunt. et n. 21. et 22.
III. Quae res censeantur perpetuo, vel casu esse in aliquo loco.
IV. Legato rerum omnium, quae in domo sunt, non continetur calendarium, et nomina debitorum. et n. 8.
V. Quid si nominatim exceptum fuerit calendarium: aut legatum calendarium.
VI. Calendarium quid?
VII. Legato usufructu bonorum, et calendarium, et actiones continentur.
VIII. Verba, *alia*, *coetera*, similia expressis includunt.
IX. Si heredi servus praelegetur, coheredes nullam actionem habent ad petendum id, quod servus domino debebat.
X. Si cui peculium legetur; heres retinet quod domino debebatur, jure exceptionis, non jure actionis: et quare?
XI. Legato rerum, quae alicubi sunt, pecunia foeneratitia non continetur.
XII. Legato etiam universali rerum alicubi existentium pecunia non continetur, sed vide n. 26. et 27.
XIII. Tabernae nomine continentur merces, et omnia quae sunt in taberna, et n. 38.
XIV. Pecunia praesidii causa seposita continetur: et quare n. 16.
XV. Quae sit pecunia praesidii causa seposita?
XVI. Peculium quid?
XVII. In his legatis destinatio patrisfam. attenditur. et n. 39.
XVIII. Argentum continetur, nisi fuerit venale.
XX. Nec res commodatae, nec pignoratae continentur.
XXII. Argentum alibi a testatore depositum continetur.
XXIII. Legato rerum, quae Romae sunt, continentur ea, quae sunt in continentibus Urbis.
XXIV. Depositum non semper significat contractum.
XXV. Thesaurus aliquando dicitur etiam is, cujus depositionis extat memoria.
XXVI. Exceptio efficit, ut includantur omnia praeter excepta.
XXVII. Quid comprehendit id, de quo magis dubitari poterat, comprehendit etiam id, de quo minus et n. 50.
XXIX Exceptio non inducit inclusionem eorum, quae sunt diversi generis. et n. 31.
XXX. Pecunia quae in agris habetur ad pascendos servos, et exercenda opera rustica, continetur.
XXXI. Res venales non continentur, etiamsi legatum sit universale, et in eo aliquid nominatim exceptum.
XXXII. Etiamsi legatum non sit loco circumscriptum. Exceptiones n. 37. et 38.
XXXIII. Affertur ratio.
XXXIV. Proponitur et reprobatur distinctio inter res, quae negotiationis causa habentur, et alias res venales.
XXXV. Merces quae dicantur, aut mercis, et promercii causa haberi; item quae dicantur res venales? et n. 40.
XXXVI. Servi an mercis numero sint?
XXXIX. Fructus in fundo nati, ibique coacti an contineantur? vide distinctionem.
XL. Fructus fundi ad vendendum destinati sunt res venales. et n. 35.
XLI. Res destinata habetur pro re, cui destinata est, et utriusque idem jus.
XLII. Legatum fundi cum rebus, quae ibi sunt, comparatur legato fundi cum instrumento.
XLIII. Legato fundi instructi fructus non continentur, exceptis illis, qui sunt necessarii ad colendum et instruendum agrum.
XLIV. Legata quae non continent res venales, nec continent fructus venales.
XLV. Particula *item* habet vim repetendi.
XLVI. Legatum ususfructus bonorum quid contineat?
XLVII. Salinae aliae privatae, aliae publicae.
XLIX. Lectio Pandectarum Florentinarum an semper praeferenda?
LII. Per voluntariam alienationem etiam invalidam, imo per solam destinationem alienandi legatum adimitur.
LIII. Vinum in doliis, et vinum de dolio.
LIV. Fructus, qui hodie solent subministrari colonis partiariis, non continentur.
LV. Legatum fundi cum omnibus rebus, an latius pateat legato fundi instructi.

Demonstravimus certi loci, ac fundi designationem facere aliquando conditionem, aliquando solam demonstrationem continere: et quando habeat vim taxationis, et minuendae obligationis, luculen-

ter exposuimus. Nunc illa ratio minuendae obligationis per designationem, ac circumscriptionem loci est exponenda, de qua saepenumero etiam in foro necesse est acriter disceptare.

Generalis obligatio, et generale legatum omnium rerum restringitur, ac minuitur designato, ac circumscripto certo
1 loco. Neque enim debentur omnia, quae sunt in loco destinato, et assignato, sed solum ea, quae ibi sunt, ut ibi perpetuo maneant, quae ibi esse solent: non vero debentur, et legato continentur, quae ibi casu sunt, quae temporis causa ibi sunt collocata. Contra quae casu absunt, et temporis causa alio translata fuerunt, aut fraudulenter ab aliquo minuendae obligationis causa, continentur, etiamsi in loco assignato non sint *l. si ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. ibi: *Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum: nec quod casu ibi sit, magis esse legatum. l. si fundus* 44. *ff. eod.* ibi: *Quae ad tempus ibi sunt, non videntur legata. l. qui saltum* 67. *ff. eod.* ibi: *Sed de illis sensisse, quae perpetuo ibi esse solent*, et in *l. pen.* §. 1. *ff. de*
2 *aur. et arg. leg.* ibi: *Quia illa verba; quod domi meae erit, sic accipi debere: esse solebat. l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. inst.* ibi: *Quia non idcirco illo erat missus, ut ibi esset. l. debitor* 32. *ff. de pignor. l. in praediis* §. 1. *ff. in quibus caus. pign. tac. contr. l. Sejae* §. *Pamphilae ff. de instrum. leg.* Nam si aliquid in loco sit casu, et temporis causa, non ut ibi maneat ad ejus usum destinatum, perinde habetur, ac si ibi non esset. *l. fundi* 17. §. *Labeo ff. de act. empt. l. si quis enim* 40. *ff. de relig. et sumpt. fun. l. id vestimentum* 25. *ff. de pecul. l. debitor* 32. *ff. de pignor.*

Atque haec certa sunt, et explorata. Illud in controversiam vocatur, quae res censeantur esse in aliquo loco perpetui usus causa, vel casu, et ad tempus accommodata. Pendet id a destinatione pa- 3
trisfam. *l. cum de lanionis.* §. *item. et l. fundi instrumento ff. de fund. instr.* Sunt tamen quaedam res, quae ex sui natura censentur esse in loco ad tempus, et legato omnium rerum eo loci existentium non continentur, nisi probetur contraria voluntas testatoris; de quibus inter nostros est magna contentio. Hujus generis sunt calendarium, et nomina debitorum, pecunia numerata, res venales, et fructus ex praedio coacti.

Calendarium, et nomina debitorum non contineri legato rerum domi, vel in fundo existentium verius est *l. Gajus* 4
Sejus 86. *in princ. ff. de leg.* 2. *l. uxorem* 41. §. *legaverat. l. quaesitum* 78. §. 1. *et* §. *peto l. praediis* 91. *in princ. et in* §. 1. *l. si mihi Maevia* 92. *in princ. et in* §. 1. *ff. de legat.* 3. Etiamsi signum aliquod universale fuerit adjectum, ut in *l. quaesitum* §. *Papinianus quoque ff. de instr. vel instrum. leg. l. uxorem* §. *legaverat ff. de legat.* 3. *l. Gajus Sejus* 86, *in princ. ff. de leg.* 2. *et in l. si mihi Maevia* §. *ult. ff. de legat.* 3. ubi legatae erant domus, *nullo omnino excepto, cum omni instrumento, et repositis omnibus.* Vix excogitari possunt verba magis universalia; et tamen instrumenta debitorum in domibus legatis reperta non debentur.

Quod si in legato nominatim fuerit exceptum calendarium, non solum nomina debitorum, quae ad calendarium pertinent, excepta intelliguntur, sed etiam 5
pecuniae calendario destinatae: sicut legato calendario legatae videntur etiam pecuniae calendario destinatae. *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. Sicut contra, si nominatim legata sint praedia cum reliquis colonorum; neque debetur calendarium, neque pecuniae a colonis exactae, et in calendarium versae *l. praediis in princ. ff. de legat.* 2.

Calendarium erat liber, seu codex foenebris pecuniae, in quo scribebantur no- 6
mina debitorum, quibus pecuniam mu-

tuabantur, de quo in *l. ejus qui in Provinciae ff. de reb. cred. l. Lucius Titius* 88, *in princ. ff. de leg.* 2. *l. nepoti ff. de instr. vel instrum. leg. l. tutores §. negligentiae ff. de admin. tut. l. Sticho libertas §. servus ff. de statulib. l. dominus in princ. ff. de pecul. legat. l. uxori ff. de usu et usufr. legat. l.* 3. *C. de compensat.* Dicebatur autem calendarinm, quod Calendis Veteres foenerari solebant, et Calendis usuras exigere, cum in singulos menses usuras paciscerentur. Ovid. *lib.* 2. *de remed. amor.*

Qui Puteal, Janumque timet, celeresque Calendas;
Torqueat hunc aeris mutua summa sui.

Horat. *Od.* 2. *Epod.*

Haec ubi locutus foenerator Alphius, etc.
Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quaerit Calendis ponere.

Quare Martialis *lib.* 8. *ep.* 44, calendarium dixit *paginas Calendarum.*

Superba densis arca palleat nummis:
Centum explicentur paginae Calendarum.

Senec. *de Benefic. lib.* 1. *Nemo beneficia in calendario scribit.*

Sed obstat text. in *l. uxori meae* 37. *ff. de usu, et usufr. leg.* ubi proponitur hujusmodi legatum: *uxori meae usumfructum lego bonorum meorum.* Respondit Scaevola, deberi usumfructum praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque calendarii.

Facilis est et expedita responsio. Non agitur hic de legato ad certum locum restricto, sed de legato generali bonorum, sine ulla designatione, ac circumscriptione loci. Bonorum autem appellatio continet etiam nomina debitorum, et ca- 7
lendarium. *l. bonorum in fin. ff. de V. S. l. Princeps* 21. *ff. eod.* Et ideo legato usufructu bonorum, etiam actiones legato continentur *l. ult. ff. de usufr. leg. l. usufructu* 69. *ff. ad Leg. Falcid.*

Secundo, obstat textus in *l. quaesitum* 78. *§. praedia ff. de leg.* 3. ibi: *Praedia quidam reliquit adjectis his verbis: uti a me possessa sunt, et quaecumque ibi erunt, cum moriar. Quaesitum est de mancipiis, quae in his praediis morata fuerunt, vel operis rustici causa, vel alterius officii, coeterisque rebus, quae ibi fuerunt in diem mortis, an ad legatarium pertinerent? Respondit, ea omnia, de quibus quae-
reretur, legata videri.* Verba illa, *coeterisque rebus*, et *ea omnia*, videntur 8
comprehendere etiam calendarinm, et nomina debitorum.

Sed non ita sunt interpretanda. Primum, quia non absolute dixit *coeteras res*; sed *coeteras res, quae ibi fuerunt in diem mortis.* Verba autem illa, *quae ibi fuerunt*, restringunt antecedentia verba generalia, ita ut non possint comprehendere calendarium, et nomina debitorum, quae etsi comprehendantur nomine rerum, et nomine bonorum, ut modo dicebamus; tamen non comprehendnutur appellatione rerum, quae domi, vel in praediis sunt, quia loci designatio, ac circumscriptio eas res excludit, ut supra demonstratum est. Praeterea, quia cum supra numeraverit J. C. mancipia, quae in praediis morata fuerunt, operis rustici causa, vel alterius officii, subdens deinceps, *coeterisque rebus, quae ibi fuerunt*, satis evidenter demonstrat, se agere solum de rebus, quae in praediis fuerunt ad instruenda praedia, et ad usum praediorum; vel patrisfam., non vero de rebus, quae ibi casu, et ad tempus fuerunt. Nam verba, *alii, coeteri*, et similia, includunt et comprehendunt res

ejusdem qualitatis, et naturae, *l. quidam relegatus ff. de reb. dub.* Et cum in hoc legato non comprehendantur omnia mancipia, sed ea tantum, quae ad usum fundi, vel patrisfam. pertinent, multo minus continebuntur nomina debitorum, et calendarium. Continentur igitur coeterae res, quae ad instruendum fundum, vel patremfam. ibi fuerunt: sicut hujus generis mancipia continentur.

Tertio, obstat multo difficilior text. in *l. ult. ff. de pecul.* ibi: *Uni ex heredibus praedia legavit, ut instructa erant cum servis, et coeteris rebus, et quicquid ibi esset. Servi domini debitores fuerunt tam ex aliis causis, quam ex ratione calendarii: quaesitum est, an coeteris* [illegible] *niae ab his debitae actio de peculio competat? Respondit, non competere.*

Respondetur, hoc legato non comprehendi calendarium, sed id, quod servi
9 domino debebant ratione calendarii. Neque id continetur propter illa verba generalia legati, *et quicquid ibi esset*: nam etsi legata essent praedia cum servis, tamen legatarius de peculio conveniri non posset ab heredibus ratione ejus, quod servi dominis debebant *l. filiosfam.* 54. *ff. de pecul.* Ratio est, quia cum servi dominus sit heres, cui servus praelegatus est, non autem alii coheredes, non potest servus quicquam debere coheredibus, qui neque domini sunt, nec ullam actionem habere possunt contra dominum servi, quia nec defunctus, cui servus debebat, ullam actionem habebat *l. et ancillarum* §. *sed ipsi ff eod.* Potest quidem dominus de peculio deducere quod sibi debetur, quia id quod domino debetur, in peculio non est *l. depositi* 5. *in fin. ff. de pecul.* non tamen habet ullam actionem, cum servus naturaliter tantum obligetur *l. nec servus* 41. *ff eod. l. naturales* 10. *ff. de oblig. et act.* Cum igitur nullam actionem defunctus haberet ad consequendum id, quod sibi a servo debetur: nec potuit eam ad heredes transmittere *l.* 1. §. *Scaevola ff. si is qui testam. liber. esse juss. l. ult. C. de hered. act. l.* 1. *C. si cert. petat.* Plane cum 01
peculium ipsum legatur, possunt heredes retinere id, quod servus domino debebat, non jure actionis, sed exceptionis *l. cui consequens* 18. *ff. de pecul.* quia id, quod domino debetur, peculium minuit, et legato non continetur *l. si peculium* §. *sicut autem ff. de pecul. legato.* Sed hic peculium legatum non est *l. quaesitum* §. *Celsus scribit ff. de instruct. vel instrum. leg.* et ea solum legato continentur ex peculio, quae sunt ex praediis legatis, et ad ea praedia pertinent, et in praediis sunt, ut ibi sint *l. fundo legato* §. *fundo ff. de instr. vel instrum. leg.* Non autem nomina debitorum.

II.

De pecunia numerata.

De calendario, et nominibus debitorum res est confecta: non adeo est ad explicandum expedita quoad pecuniam numeratam. Distinguendum enim est inter pecuniam, quae foenerandi, vel expendendi causa ibi habetur; eamque, quae ibi est praesidii causa.

De pecunia, quae foenerandi causa est in aliquo loco, Pomponius ait in *l.* 11
si fundus 44. *ff. de leg.* 3. *Si fundus legatus sit cum his, quae ibi erunt: quae ad tempus ibi sunt non videntur legata, et ideo pecuniae, quae foenerandi causa ibi fuerunt, non sunt legatae.* Ubi observandum, quod ratio, qua movetur J. C. ad statuendum pecuniam foeneratitiam non esse legatam, convenire etiam pecuniae, quae expendendi causa ibi habetur.

De eadem pecunia Proculus in *l. si ita legatum* 86. *ff. de legat.* 3. *Si ita legatum est, domum, quaeque mea ibi erunt cum moriar, nummos ad diem*

exactos a debitoribus, ut aliis nominibus collocarentur, non puto legatos esse: et Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum, nec quod casu ibi sit, magis esse legatum.

De pecunia in genere Paulus in *l. quaesitum* §. 1. *ff. de leg.* 3. ubi cum relictus esset fundus Sempronianus cum suis inhabitantibus, id est, familia, et quae ibi erunt: respondit, nomina, et nummos non videri deberi.

Et in *l. si mihi Maevia* 92. §. *his verbis ff. eod. His verbis domibus legatis: Fidei heredum meorum committo, uti sinant eum habere domus meas, in quibus habito, nullo omnino excepto, cum omni instrumento, et repositis* [illegible] *de pecunia numerata, aut instrumentis debitorum sensisse.* Ex qua lege illud etiam docemur, quod licet legatum relictum sit verbis universalibus, cujusmodi sunt illa: *repositis omnibus*, *nullo omnino excepto*: tamen pecuniam numeratam non comprehendit. Quod confirmat Scaevola in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de leg.* 3. ubi verba legati, *quicquid in patria Gadibus possideo*, non continent pecuniam, quae in arca Gadibus inventa est, vel ex diversis nominibus exacta, et ibi deposita.

De pecunia redacta ex venditione purpurae, quod non contineatur legato tabernae purpurariae cum servis institoribus, et purpuris, Papinianus in *l. praediis* §. *pater ff. de leg.* 3. licet nomine
13 tabernae contineantur merces, et omnia, quae in taberna deprehenduntur *l. cum tabernam* 34. *ff. de pignor.*

14 Contra vero pecunia praesidii causa seposita legato continetur. Tradita fuit haec distinctio a Proculo, cujus auctoritate Celsus in *l. si chorus* 79. §. *his verbis ff. de leg.* 3. ait: *His verbis, quae ibi mobilia mea erunt, do, lego: nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: at eos, quos praesidii causa repositos habet, ut quidam bellis civilibus factitassent, eos legato contineri: et audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur.*

Quae sit pecunia praesidii causa reposita, ac seposita, dubitant Interpretes nostri: et alii alia comminiscuntur. Ego indubitatum existimo, eam esse, quam providus paterfam. ideo seponit, et condit, ne eam in quotidianos usus expendat, neve mutuetur ac foeneretur: sed 15
ut perpetuo ibi habeat, tamquam praesidium adversus fortuitos, et inopinatos casus; ut si casus aliquis improvisus obvenerit, promptam, paratamque pecuniam habeat in numerato, qua possit occurrere ingruenti calamitati, aut adversae fortunae resistere. Ed ideo recte dicebant rustici illi Veteres, pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur. Nam cum facile possit fortuiti isti casus evenire: si quis sepositam non habeat pecuniam, qua possit impetum fortunae adversantis eludere, aut calamitati succumbere cogetur, aut bona vendere, aut pecuniam mutuari, quo fiet, ut progressu temporis foenore trucidetur. Hoc autem bellis civilibus maxime factitatum fuit: nam imminentibus gravissimis periculis, homines providi fiunt; et cum nemo praenoscere posset, quis futurus esset rerum exitus, et undique turbulentissimas tempestates, et luctuosas calamitates impendere providerent, pecuniam seponebant, et condebant, ut si quis adversus casus incidisset, ea possent vel se a factiosis civibus redimere, vel si Patria foret relinquenda, inde peterent vitae subsidia. Hinc reposita, ac seposita praesidii causa dicitur hujusmodi pecunia, quia tamquam thesaurus reponebatur, ut praesidio esset adversus subitos et calamitosos eventus: quamobrem recte thesauri similitudine utitur Labeo apud Javolenum in *l. si uxori penult.* §. 1. *ff. de*

16 *aur. et arg. leg.* Peculium etiam dice-
batur, quia quemadmodum peculium est
id, quod dominus seponit, ac separat a
suis rationibus, at servo dat administran-
dum *l.* 5. §. *ult. ff. de pecul. l. per*
servum 37. §. 1. *ff. de acquir. rer.*
dom. ita haec pecunia recte peculium
dicitur, quia seposita est et separata ab
alia pecunia, et a rationibus domini, cum
neque expendendi, neque foenerandi cau-
sa habeatur: sed thesauri loco reposita,
et certo in loco condita detineatur. Qui-
bus expositis constat, cur ea contineatur
in legato mobilium certo loco existen-
tium, quia ibi habeatur ut perpetuo ibi
sit, non temporis causa. Quamvis enim
occurrente aliquo casu inopinato, et ur-
gente necessitate paterfam. eam sit ex-
pensurus; tamen hoc fortuito accidet, et
praeter opinionem, et cum primum po-
terit, aliam loco illius subrogabit. Ne-
que enim ut aliquid perpetuo ibi esse
dicatur, necesse est, ut numquam possit
amoveri: nam et servi, et animalia per-
petuo esse dicuntur in fundo, licet facile
intereant, et mobilia, licet usu consu-
mantur. Hac igitur in re spectatur so-
17 lummodo destinatio patrisfam. ut dixi-
mus, hoc est, an res destinatione pa-
trisfam. ibi esse soleat. *l. si uxori* §. *cum*
ita ff. de aur. et arg. leg. et quod casu
abest, ibi esse videtur *l. si ita legatum*
ff. de leg. 3. *l. ex facto* 35. §. *rerum*
ff. de hered. inst.

Sed his, quae hactenus constituimus
de pecunia numerata, obstat primo text.
in *l. si uxori pen.* §. *cum ita ff. de aur.*
18 *et arg. leg.* ubi legato argento, quod do-
mi meae erit, cum moriar, debetur etiam
argentum domi depositum: ergo in lega-
to omnium rerum, quae domi sunt, con-
tinebitur non solum pecunia, quae ibi
habetur praesidii causa, ut ibi perpetuo
sit, sed etiam alia quaecumque pecunia.
Depositum enim quandocumque repeti
potest a deponente, etiamsi convenerit,
ne intra certum tempus repetatur *l.* 1.
§. *est autem et* §. *si deposuero ff. depol.*

Respondetur primum, non eamdem
esse rationem argenti, et pecuniae nume-
tae. Pecunia semper est alienationi pa-
rata, et in arca haberi solet ad expen-
dendum, vel foenerandum: argentum ibi
habetur ad usum patrisfam. et vendi qui- 19
dem potest, non autem expendi in usus
quotidianos. Itaque argentum, nisi fue-
rit venale, continetur legato rerum domi
existentium. *l. Gajus Sejus* 86. *in princ.*
ff. de leg. 2. Praesertim quia ibi non agi-
tur de legato generali omnium rerum,
quae domi sunt, sed de legato argenti
in specie.

Sed ut ad rem propius accedamus, et
ejus legis explicationem aggrediamur: ani-
madvertendum est, ibi agi de argento
commodato, et deposito, et de utroque
quaeri, an legato contineatur. Non ta-
men utrumque eodem modo accipiendum
est. Nam argentum commodatum accipi
debet, quod ab alio fuit testatori commo-
datum. Contra argentum depositum, id
quod a testatore fuit alibi depositum. Et
ideo cum de argento deposito loquitur
J. C. adjecit illa verba, *quod depositum*
a se, non posset intelligi de argento de-
posito apud testatorem, quae verba omi-
sit in argento commodato, ut intellige-
remus, ibi agi de argento, quod sibi
commodatum testator reliquit.

Argentum igitur testatori commodatum
legato non continetur, quia licet domi
fuerit inventum, cum testator mortuus
est: tamen cum casu ibi fuerit, nec es-
se soleret, non videtur domi fuisse: nam
verba illa, *quod domi meae erit*, sic
accipi debent, *esse solebat. d. l. si uxo-*
ri §. 1. *in fin. l. si fundus* 44. *l. si ita*
legatum 86. *ff. de leg.* 3. Et ideo de 20
argento commodato nulla fuit inter Ofi-
lium, Cascellium, et Labeonem contro-
versia: nam nec ea, quae pignori testa-
tor habebat, continentur *l. qui habebat*
101. *in princ. ff. de legat.* 3. Non pos-
sunt autem haec intelligi de argento,
quod testator alii commodaverat. Etenim
de hoc non potuisset inter Labeonem,

et alios convenire, cum ratio, quam Labeo adducit, omnino repugnet: quoniam argentum alteri a testatore commodatum esse solebat in domo; et ideo debet legato comprehendi, sicut continetur pecunia alibi a testatore deposita praesentis custodiae causa *d. l. si uxori* §. *1. ff. de aur. et arg. leg.* Repugnat etiam alia regula ab eodem Labeone tradita, quam refert J. C. in *l. si ita legatum*
21 86. *ff. de legat.* 3. videlicet legato contineri etiam id, quod casu abest. Quae regula apud omnes Veteres Jurisconsultos obtinuit *l. quaesitum* 78. §. *fin. ff. de leg.* 3. *l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. inst. l. quaesitum* §. *Papinianus quoque*, *et* §. *seq. ff. de instruct. vel instrum. leg.* et alibi passim.

Argentum vero alibi a testatore depo-
22 situm legato continetur, si praesentis custodiae causa depositum fuerit, ut interim in tutiore loco esset *d. l. si uxori* §. *1. ff. de aur. et arg. legato.* Quod enim casu abest, non minuit legatum, ut modo diximus. Et quod alio translatum est ad tempus, ut postea in pristinum locum revertatur, abesse non videtur, et legato continetur *l. ex facto* 35. §. *rerum. vers. caeteroquin ff. de hered. inst.* Quo pertinet text. in *l. cui, quae Romae* 84. *ff. de leg.* 3. ibi: *Cui, quae Romae essent, legata sunt, ei etiam quae custodiae causa in horreis extra Urbem reposita sunt, debentur.* Neque enim assentior iis, qui putant, ibi agi de horreis, quae sunt in continentibus Urbis Romae: tum quia generaliter id traditum de horreis extra Urbem, qua-
23 re continentur etiam horrea, quae sunt extra continentia: tum quia frustra adjecta essent illa verba, *custodiae causa*: nam quae sunt in continentibus Urbis Romae, semper continentur legato rerum, quae Romae sunt *l. 4.* §. *si ita legetur ff. de penu leg.* Sicut igitur legatis his, quae Romae sunt, continentur, ac debentur etiam quae extra Urbem custodiae causa translata sunt: ita legato argento, quod domi erit, continetur, ac debetur etiam argentum, quod alio praesentis custodiae causa translatum est, et ibi depositum. Ubi observandum, quod hic deponendi verbum non refertur ad contractum depositi, sed ad factum po- 24
nendi pecuniam tuto in loco custodiae causa, ut in *l. uxorem* 41. §. *legaverat ff. de legat.* 3. ibi: *An pecunia, quae in arca domi Gudibus inventa esset, vel ex diversis nominibus exacta, et ibi deposita. l. numquam nuda* 31. §. *1. ff. de acquir. rer. dom.*

Si vero argentum non ad tempus praesentis custodiae causa fuerit alibi collocatum, sed perpetuae custodiae causa depositum, legato non continebitur, nec legatario debebitur *d. l. si uxori* §. *1. ff. de aur. et arg. leg.* hoc enim argentum non potest videri domi esse, cum alio translatum sit, non temporis causa, sed ut perpetuo alibi sit, ibi conditum quasi thesaurus. Licet enim vere thesau- 25
rus non sit is, cujus depositionis extat memoria *l. numquam nuda* §. *1. ff. de acquir. rer. dom.* tamen et haec pecunia condita custodiae causa thesaurus appellatur *l. peregre in princ. ff. de acquir. poss.* Et haec est pecunia, quae praesidii causa reposita dicitur, et legato contineri in *l. si chorus ff. de leg.* 3. quia ibi esse videtur, ubi perpetuae custodiae causa condita est *d. l. si uxori ff. de aur. et arg. leg.* Haec autem paulo uberius, et accuratius exposuimus, ne quis in eorum sententiam et, qui putarunt, hanc legem emendandam fore.

Secundo obstat text. in *l. qui filium* 64. *ff. de leg.* 3. ubi legatis praediis, et his, quae ibi erunt, excepto calendario, sola ea pecunia excepta intelligitur, quae calendario fuit a testatore destinata. Er- 26
go reliqua pecunia, quae calendario destinata non est, debetur, et continetur legato rerum, quae in prediis sunt.

Respond. quod cum testator exceperit calendarium, hoc est, pecuniam foeneratitiam, videtur voluisse legato compre-

hendere aliam pecuniam, quam non excepit. *Nam qui haec excepit, non potest non videri de coeteris rebus, quae in ea essent, sensisse*: ut ait Neratius in *l. quaesitum* §. *idem respondit* 43. *vers. denique Neratius ff. de instr. vel instrum. leg.* Constat enim, testatorem, qui excipit ea, de quibus non poterat dubitari, quin etiam eo tacente fuissent excepta, nolle excipere ea, de quibus major est dubitatio: quoniam multo magis haec excepisset, si noluisset lagato comprehendi. Exceptio enim declarat mentem testatoris etiam quoad ea, quae legato comprehenduntur *l. nam quod liquidae* 4. *in fin. ff. de penu leg.* Sic etiam legatum universale, in quo testator nominatim voluit comprehendere etiam nomina debitorum, comprehendit etiam pecuniam numeratam *l. his verbis* 102.
27 *ff. de leg.* 3. quia facilius comprehenditur pecunia, quam nomina debitorum; et ideo qui voluit legare etiam nomina debitorum, et cautiones in lateralibus viatoriis conditas, multo magis voluit legare pecuniam. Praesertim quia lateralia viatoria, hoc est, capsulae, seu sacculi, qui in itinere ephippiis utrimque ad latera alligantur, non multo plura possunt comprehendere. Itaque etsi quis legasset quicquid in arcula conditum est, non dubitarem legato pecuniam in arca conditam contineri, si in arca illa solebat testator pecuniam condere: quod absque controversia obtineret, si nominatim expressisset, se legare etiam chirographa, et cautiones in arca conditas, ut in *d. l. his verbis ff. de leg.* 3.

Denique contrarius est text. in *l. praedia* §. *liberto ff. de instr. vel instrum. leg.* ubi pecunia continetur in legato per
28 praeceptionem, in quo testator liberto legaverat *fundum Titianum, et agellum Sempronianum cum instrumento, et his, quae in eodem erunt, familiaque, quae in eo fundo moratur, exceptis his, quos manumisero.*

Recte doctissimus Cujac. *ad Africanum* in *l. qui filium ff. de leg.* 3. ait, hoc Scaevolae responsum sine emendatione defendi non posse. Itaque legendum putat: *non contineri, nisi contrariam voluntatem libertus approbet.*

Aliqui existimant, nummos in hoc legato contineri propter illam exceptionem servorum, quos manumisisset. Ut enim diximus ad superius argumentum, cum nemo dubitare posset, non comprehendi servos manumissos, et tamen testator eos nominatim exceperit, videtur, alia omnia non excepta voluisse comprehendere: maxime ea, de quibus multo magis poterat dubitari. Verum enim vero cum haec exceptio solummodo respiciat familiam servorum, dubito, an possit extendi ad pecuniam numeratam. Potest quidem efficere, ut servi omnes comprehendantur, etiam illi, qui alias non comprehen- 29
derentur: an autem possit efficere, ut comprehendatur pecunia numerata, quae nihil attinet ad servos, et certo non comprehenderetur, valde dubito. per text. in *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.* de quo infra, et in *l. Sejae in princ. ff. de instr. vel instrum. leg.*

Si haec cuiquam minus arrideant, defendi non poterit Scaevolae responsum, nisi aut dicamus, seu potius divinemus, ibi agi de nummis praesidii causa repositis, qui legato continetur *l. si chorus* 79. *ff. de leg.* 3. aut potius de nummis ad usum familiae destinatis. Cum enim Veteres per servos praedia colerent, et in ea lege proponatur legata tota familia, utique pecunia opus erat ad familiam illam exhibendam. Recte Seneca *Epist.* 30
17. ait, ad pascendum servorum turbam transmarinarum regionum fuisse optandam fertilitatem. Quae sane non sunt improbabilia: nam quorsum pecuniam in praediis habeat paterfam. nisi vel ut eam quasi thesaurum praesidii causa deposuerit, atque condiderit, ut in *d. l. si chorus*, et in *l. si uxori* §. 1. *ff. de aur. et*

arg. leg. vel ut ea utatur tamqnam fundi instrumento ad pascendos, et vestiendos servos, per quos opera rustica exercentur. Illud etiam tentari posset, nummos illos fuisse pretium vini venditi, quod testator exegerat: et sicut vinum legato continetur, ita et pretium ejus. Sed hoc vix poterit defendi propter auctoritatem text. in *l. praediis* §. *pater ff. de leg.* 3. nisi dicamus, testatorem ad alendam et exhibendam familiam urgente necessitate vinum vendidisse. Sed de hoc infra, cum de fructibus agemus.

III.

De rebus venalibus.

Res venales legato rerum in aliquo certo loco existentium non continentur *l. generali* 32. §. *uxori ff. de usu et usufr. leg.* ubi quis legavit uxori usumfructum domuum, et omnium, quae in his domibus erant, excepto argento. Re-
31 spondit Scaevola: neque argentum, neque ea, quae mercis causa comparata sunt, legato contineri. Est autem animadvertendum, quod licet legatum sit universale omnium rerum, et addita sit exceptio argenti, nihilominus haec duo non efficiunt, ut merces legato contineantur. Quemadmodum non continentur, etiamsi in specie legatum sit ornamentum omne muliebre; quo legato non continetur argentum, quod testator negotiandi causa venale habebat. Quod magis est, nam in hac lege legatum erat in specie ornamentum muliebre: legatum erat uni-
32 versaliter omne ornamentum: nullus certus locus erat assignatus, cujus circumscriptio legatum restringeret: et tamen non continetur ornamentum, quod negotiandi causa testator venale solebat proponere.

Confirmatur per text. in ead. *l. generali* §. *idem quaesilt* 3. *de usufr. leg.* ibi: *Respondit, de his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem.*

Idem traditum in *l. nam quod liquidae* 4. §. *item ff. de penu leg.* ibi: *Item si quis solitus fructus suos vendere, penum legaverit, non omnia, quae et promercii causa habuit, legasse videtur, sed ea sola, quae in penum sibi separabat. Quod si promiscue uti solebat, tunc quantum ad annnum usum ei sufficeret, familiaeque ejus, coeterorumque, qui circa eum sunt, legato cedet.*

In *l. cum quaereretur* 66. §. *lana ff. de leg.* 3. *Cum penus legata esset, et multas res, quae penus esset, reliquisset, ex quibus paterfam. vendere solitus esset, etc. sed cum probaretur eum, qui testamentum fecisset, partem penus vendere solitum esse, constitutum esse, ut ex eo, quod ad annum opus esset, heredes legatario darent.*

In *l. suos autem servos* 73. §. *cum qui* 4. *ff. eod.* quidam legavit servos suos, qui venalitiariam vitam exercebat: hoc est, qui erat mango, nempe servorum mercator. Respondit Ulpianus: *Puto suorum numero non facile contineri velle ejusmodi mancipia, nisi evidens voluntas fuit etiam de his sentientis, nam quos quis comparavit, ut illico distraheret, mercis magis loco, quam suorum habuisse credendus est.* Si non continentur legato servorum suorum, licet vere, et proprie sint testatoris, multo minus continebuntur legato servorum alicubi existentium, in quo loci designatio, ac circumscriptio manifeste eos excludit, cum casu, et ad tempus ibi sint.

Praeter has leges manifesta ratio excludit res venales a legato rerum certo loco existentium. Nam testator, qui res illas vendere destinavit, certe in loco illo collocavit ad tempus, donec eas venderet, non vero ut ibi perpetuo essent. Sunt enim omnino contrariae hae duae 33
voluntates, ac destinationes, quod voluerit, ac destinaverit eas vendere, et simul voluerit, ac destinaverit eas ibi perpetuo habere; sed indubitatum est, legato non

contineri res, quas testator ad tempus ibi collocavit, non ut perpetuo ibi essent *l. ex facto* 35. §. *rerum ff. de hered. instit. l. debitor* 32. *ff. de pign. et hypoth. l. si fundus* 44. *l. qui saltum* 67. *l. si ita legatum* 86. *ff. de leg.* 3. *l. cum de laniouis* §. *Sabinus ff. de instr. vel instrum. leg. l. pen.* §. 1. *ff. de aur. et arg. leg.* Ergo et illud indubitatum est, res venales legato non contineri.

Hinc defendi non potest quorumdam sententia, existimantium, legato quidem non contineri res venales, quae mercimonii, et negotiationis causa fuerunt a testatore comparatae, ut illico venderentur, ut videtur indicari in *l. suos autem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. et in *l. pediculis* §. *idem cum quaereretur ff. de aur. et arg. leg. l. generali* §. *uxori versic. quaesitum est ff. de usu, et usufr.*
34 *leg.* contineri tamen res proprias ipsius testatoris, veluti fructus praediorum, licet eos vendere destinaverit, quia hi neque promercii causa habentur, neque sunt in numero mercium.

Etenim eadem ratio, quae suadet, non contineri legato rerum certo loco circumscriptarum res venales negotiationis causa comparatas, suadet etiam, non contineri alias res venales, quomodocumque eas ad vendendum paterfam. destinaverit quia neutrae in loco esse videntur, cum ibi sint ad tempus, donec emptorem invenerint. Posset fortasse hoc discrimen aliqua animadversione dignum esse in legato rerum suarum, de quo in *l. suos autem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. Nam testator videri potest magis in numero rerum suarum habere fructus, quos ex suis praediis comparavit, licet eos vendere destinaverit, et alias res hujus generis quam eas, quas negotiationis causa comparavit, ut distraheret. Coeterum quando agitur de circumscriptione loci, et de destinatione patrisf. quoad certum locum, eadem est omnino omnium rerum venalium natura: omnes enim eodem modo sunt in loco, nempe ad tempus, donec vendantur. Et ideo generaliter Scaevola tradidit in *l. generali* §. *idem quaesiit ff. de usufr. leg. de his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem,* licet ibi ageret de fructibus in fundo collectis. Et in *l. nam quod liquidae* 4. §. 2. *ff. de pen. leg.* Paulus ait, eum, qui solitus esset fructus suos vendere, non videri eos legato voluisse comprehendere. Nec dissimile est quod traditur in *l. cum quaereretur* §. *lana ff. de leg.* 3.

Neque verum est, quod assumitur, hasce res numero mercium non contineri, nec promercii causa haberi, et ideo proprie venales non esse, etiamsi ad vendendum fuerint destinatae. Sunt enim hae 35
quoque merces *l. ult. ff. de condict. tritic.* ibi: *si merx aliqua petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum.* Et merx est omne quod venditur *l.* 1. *in princ.* et in §. 1. *vers. sed verior est ff. de contr. empt.* itaque mercis causa habetur, quod vendendi causa habetur, *l.* 1. *in princ. ff. de rer. permut. l.* 1. §. *magistri ff. de exercit. action.* et §. *igitur* 12. *vers. sed et si certis ibid. l. mercis* 66. *ff. de V. S.* Et hae res mercis numero habentur *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejuss. l. cum quis in diem* 22. *ff. de oblig. et act. l. arbitrio* 18. §. *de eo ff. de dolo*, et passim. Item promercii causa haberi dicuntur fructus, quos testator vendere solitus est *l. nam quod liquidae* 4. §. 2. *ff. de pen. leg.* Et promercii causa haberi dicuntur, quae quis destinavit ad vendendum *l.* 2. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l.* 3. §. *item is cujus, ff. ad Leg. Corn. de sicar. l. coetera* §. *sed si quis ff. de leg.* 1. Paulus *lib.* 5. *sent. tit.* 23. *Qui hominem invitum libidinis, aut promercii causa castraverit.* Item venales dicuntur fructus in praediis a testatore collecti in *l. generali* §. *idem quaesiit ff. de usufr. leg. l.* 1. *C. de V. S.* Et in legatis, in quibus venalia non continentur, neque continentur hujusmodi fructus, ut in legato pecoris *d. l.* 4. §. 4. *ff. de pen. leg.*

juncta l. cum quaereretur §. lana ff. de leg. 3. et in legato fundi instructi *l.* 2. *C. de V. S. juncta l. quaesitum §. sed si fundus, vers. hoc ergo legato, et l. si ita in princ. et l. si mancipia in fin. ff. de instruct. vel instrum. leg.*

Nec ad rem facit, quod in laudatis legibus proponantur exempla mercatorum, qui negotiandi causa merces venales habent. Nam hoc factum est a veteribus Jurisconsultis exempli causa, quia id in mercatoribus multo frequentius accidit, ut notat Paulus in *l. nam quod liquidae* 4. §. 2. *in fin. ff. de pen. leg.* ubi proposito generaliter casu ejus, qui fructus vendere solebat, postquam statuit hos fructus, aliasque res venales non comprehendi legato, subdit: *quod fere, inquit Sabinus, evenit in personis mercatorum.* Maxime quia in *l. suos au-*
36 *tem* 73. §. *eum qui ff. de leg.* 3. agitur de servis, qui venales haberi non solent, nisi a mangonibus, qui eos mercantur, ut vendant. Nam servi mercis appellatione non continentur, et mangones non mercatores, sed venaliciarii vocantur *l. mercis* 207. *ff. de V. S. l.* 1. §. 1. *ff. de tribut. act.* Et in *l. pediculis §. idem cum quaereretur ff. de aur. et arg. leg.* agitur de muliere negotiatrice, quia ejusmodi factum Paulo propositum fuit decidendum. Est enim illud responsum Pauli ad factum propositum. Quin etiam legatus erat mundus muliebris, qui apud mulieres non solet esse venalis, nisi apud mulierem negotiatricem.

Unica igitur superest hujus sententiae exceptio, quae proponitur in *l. quaesitum §. idem respondit* 43. *vers. sed et ipse Papinianus ff. de instr. vel instrum. leg.* ibi: *Sed et ipse Papinianus eodem libro Responsorum ait, patrem merca-*
37 *torem ac foeneratorem, qui duos filios, totidemque filias heredes instituerat, ita legasse: filiis maribus domum meam instructam do, lego, darique jubeo: merces, et pignora an contineantur quaeri posse? Sed facilem Judici voluntatis conjecturam fore, coeteris patris facultatibus examinatis.* Sed in hac specie multa concurrunt, qui fiat haec conjectura. Instituti heredes erant filii tam mares, quam foeminae. Testator voluit praelegato distinguere mares a foeminis, ut par est, si magnae sint testatoris facultates, et prae illis tenue legatum, verisimile est testatorem, qui prae filiabus voluit honorare filios, voluisse etiam legatum quam pinguissimum relinquere. Testator erat mercator, ac foenerator, ac propterea verisimile est, hoc casu voluisse comprehendere etiam merces, et pignora pecuniae creditae: mercatorum enim patrimonium fere consistit in mercibus, et mercatores considerant merces non aliter, ac alia bona. Ex quibus constat, quam absurda sit eorum sententia, qui putant, merces in legato non contineri solummodo, quando testator erat mercator, quam modo confutavimus. Imo vero ex eo, quod testator esset mercator, ac foenerator, Papinianus conjecturam ducit, posse merces, et pignora contineri. Neque enim sine causa utrumque expressit: sed mercatorem dixit esse, ut facilius conjicere possimus, eum voluisse comprehendere etiam merces: dixit esse foeneratorem, ut facilius argui possit, voluisse comprehendere etiam pignora.

Potest addi et alia exceptio si legata sint ea, quae tabernae exercendae, instruendaeve causa parata; nam tunc legato merces continentur *l. si ita* 15. *in* 38
princ. ff. de instr. vel instrum. leg.

IV.

Superest, ut de fructibus videamus. Fructus ex fundo legato percepti, et in eo coacti, an contineantur legato rerum in fundo existentium, inter doctissimos Homines est magna dissensio. In hac quaestione petenda distinctio est a destinatione patrisfamil. quae plurimum est attendenda in hujusmodi legatis *l. cum* 39
de lanionis §. item, vers. optimum. l.

fundi instrumento ff. de instr. vel instrum. leg. si paterfam. hos fructus ad usum suum familiaeque destinavit, legato continentur: si vero eos destinavit ad vendendum, legato non continentur.

Probatur id primo, quia res venales, legato non continentur, ut luculenter in §. superiore demonstravimus. Sed fructus destinati ad vendendum, sunt res venales,
40 licet ex ipso fundo percepti fuerint *l. generali §. idem quesiit 3. ff. de usufr. leg.* ubi licet agat de sale nato, ac percepto in salinis testatoris, tamen ipsum recenset inter venalia, ibi: *Respondit, de his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem.* Et in *l. 1. C. de V. S.* ibi: *Quamvis ex fructibus vinum, et oleum in eodem fundo habuit: tamen si id venale fuit, legato non cedere Juris Auctoribus placuit.* Sed hoc uberius probavimus in §. *superiore versic. Neque verum est.*

Secundo, quia quoad hujusmodi legata comparantur fructus praedii venales rebus in praedium translatis ad tempus custodiae causa *l. 1. C. de V. S.* Sed res existentes in praedio ad tempus custodiae causa non continentur legato omnium rerum in praedio, vel fundo existentium *l. si ita legatum 86. ff. de leg. 3. l. si fundus 44 ff. eod. l. qui saltum 67. ff. eod. l. pen. §. 1. ff. de aur. et arg. leg. l. ex facto 35. §. rerum ff. de hered. instit.* et aliae initio relatae.

Tertio, quia ea, quae ad vendendum sunt destinata, perinde habentur, ac si vendita fuissent, quoad hujusmodi legata: quemadmodum pecunia calendario destinata continetur legato calendarii, et contra, excepto calendario, censetur exce-
41 pta etiam pecunia calendario destinata *l. qui filium 64. ff. de leg. 3.* Eadem igitur ratione legato rerum in fundo existentium, non continentur fructus venditioni destinati, quemadmodum non continerentur, si jam venditi fuissent. Destinatio patrisfam. quae efficit, ut calendario adscribantur pecuniae, quae non sunt calendarii, efficit etiam, ut rebus venditis adscribantur res, quae nondum venditae sunt.

Quarto, quia comparatur legatum fundi cum his, quae ibi sunt, legato fundi cum instrumento *l. ex facto §. rerum, versic. ut est apud Mucium ff. de hered. instit.* et in neutro legato contineri ea, quae agro illi non essent destinata, ex Mucii sententia tradit Ulpianus. Un- 42
de duplex deduci potest argumentum. Primum, quod cum legato contineantur solummodo ea, quae fundo sunt destinata: et fructus destinati ad vendendum non sint destinati fundo, utique fructus ad vendendum destinati legato non continentur. Alterum, quod comparantur haec duo legata: fundi instructi, et fundi cum rebus, quae ibi sunt: sed legato fundi instructi, vel fundi cum instrumento, non continentur fructus praediorum ibi repositi, ut vendantur, vel ut in alium usum, quam fundi convertantur
l. 1. C. de V. S. l. quaesitum §. sed si fundus 27. vers. hoc ergo legato. l. si ita in princ. l. si mancipia in fin. ff. de instr. vel instrum. leg. l. si mihi §. fin. et l. si ita 86. ff. de leg. 3. Et solum debetur frumentum, quod necessarium est ad exhibitionem mancipiorum, per quae agri coluntur, et ad ferendos agros, etiamsi legatus sit fundus, ita ut optimus, maximusque est, cum omni instrumento rustico, et urbano *l. cum de lanionis §. item cum fundus 9. ff. de instr. vel instr. leg.* 43

Quinto, quia fructus venales non differunt ab aliis rebus venalibus; nec ulla ratio est, cur hoc legatum debeat comprehendere fructus venales, cum alias res venales non comprehendat: etenim omnibus legatis, quibus non continentur res venales, nec continentur fructus venales, seu destinati ad vendendum. Legatum penus non continet res venales *l. cum quae-* 44
reretur §. lana ff. de leg. 3. l. qui penum. 3. §. ligna ff. de penu leg. ibi: *Sed Rutilius ligna, et carbones, quae-*

non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Idem legatum nec continet fructus, quos testator vendere solitus erat *l. nam quod liquidae* §. 2. *ff. eod.* ibi: *Item si quis solitus fructus suos vendere, penum legaverit, non omnia, quae et promercii causa habuit, legasse videtur.* Legatum fundi instructi non continet res venales *l. quaesitum* §. *instructo autem fundo* 34. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Idem legatum nec continet fructus venales *l.* 1. *C. de V. S. d. l. quaesitum* §. *Celsus* 30. *ff. de instr. vel instrum leg.*

Sexto, probatur ex *l. generali* §. *uxori ff. de usufr. leg.* ubi legatus erat ususfructus domuum, et omnium rerum, quae in his domibus erant, excepto argento: item ususfructus fundorum, et salinarum. Etiam legatum fundorum, et salinarum videtur comprehendere omnes res, quae in his essent: *ad text.* in *l. Sejae* §. *Gajo Sejo ff. de fund. instr.*
45 maxime propter illam particulam *item*, quae vim habet repetendi *l. in repetendis ff. de leg.* 3. Quaesitum est, cum non minimus salis modus inventus esset, an ejus ususfructus ad legatarium pertineret. Respondit Scaevola: *De his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem.* Sed erat fructus salinarum, sed quia ex quantitate apparebat, fuisse destinatum ad vendendum, legato non continetur. Et constat praeterea ex hac lege, eamdem esse rationem fructuum, et aliarum rerum venalium: cum enim in hac lege agatur de fructibus fundi; tamen generaliter Scaevola respondet de rebus venalibus; quo evidenter demonstrat, idem esse judicium de fructibus, et de aliis rebus venalibus, ut in superiore argumento dicebamus.

Neque ad rem facit, quod doctissimus Faber animadvertit *lib.* 1. *conject. cap.* 6. ibi legatum fuisse usumfructum, non proprietatem; atque idcirco non videri, testatorem de rebus venalibus cogitasse. Hoc enim nulla ratione suffultum est; quia post Senatusconsultum nulla res est, quae non cedat in ususfructus legatum, ut ait J. C. in *l. usufructu bonorum* 69. *ff. ad leg. Falcid.* Et ideo legato usufructu bonorum, legato continentur non solum praedia tam rustica, quam urbana, et mancipia, et supellex, sed etiam calendarium, et nomina debitorum, imo et foenus sortium, quas defunctus collocavit *l. uxori fructu* 24. *l. uxori meae* 37. *ff. de usu, et usufr.* 46
leg. adeoque multo magis comprehendit res venales. Igitur natura ususfructus non restringit legatum, nec minus late patet legatum ususfructus, quam legatum proprietatis, atque omnia eadem complectitur *d. l. usufructu bonorum ff. ad leg. Falcid.* Alia ergo ratio quaerenda est, cur in eo legato sal non comprehendatur. Ea autem est communis tam legato proprietatis, quam legato ususfructus, et indicatur, a Scaevola illis verbis: *Respondit, de his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem.* Sicut enim venalia non continentur, legata proprietate rerum alicubi existentium; ita nec continentur legato usufructu. Et ratio eadem est in utroque legato, quia non videtur ibi esse, quod ad tempus, et custodiae causa est accommodatum, ut alio transferatur: quae ratio supra est exposita luculentius, et pertinet tam ad legatum ususfructus, quam ad legatum proprietatis.

Minus ad rem facit, quod quidam commenti sunt, id Scaevolam respondisse specialiter de sale, quia sal a salinis extrahitur, quae publicae sunt *l. inter publica* 17. *in fin. ff. de V. S. l. si quis sine* 11. *C. de vectigal.* Falsum enim 47
omnino est, ibi agi de salinis publicis: nam si publicae fuissent illae salinae, fuisset inutile legatum *l. cum servus* 39. §. *si vero Sallustianos, et seqq. ff. de leg.* 1. §. *non solum Instit. tit. de legat.* Agitur ergo ibi de salinis privatis, quae erant in praediis testatoris: hae autem

omnino erant privatae *l. forma* §. *salinae ff. de censib. l. magis puto* §. 1. *ff. de reb. eor.* ut recte notat Cujac. ad eam legem.

Postremo denique confirmatur ex *l. praedia* §. *affini suo ff. de instruct. vel instrum leg.* ubi quidam affini suo ita legavit: *Fundum Cornelianum, ita ut est instructus, cum omnibus rebus, et mancipiis, et reliquis colonorum dari*
48 *volo. Quaesitum est, an fructus ejusdem fundi, qui ibi in diem mortis coacti manserint, fideicommisso cedant, cum plenissima testantis erga affinem voluntas ab eo quoque manifestetur, quod reliqua colonorum ejusdem possessionis ad eum pertinere voluerit? Respondit, in hujusmodi scriptura posse responderi, hoc solum quaerendum, an manifeste appareat defunctum id, de quo quaereretur, dari voluisse.* Nihil clarius: etiamsi constet de plenissima voluntate testatoris erga affinem suum; tamen fructus coacti non continentur legato, nisi manifeste appareat, eos quoque testatorem dare voluisse.

Non ignoro in Pandectis Florentinis legi: *dari noluisse.* Sed cum vulgata lectio sit consentanea his, quae supra sunt a nobis demonstrata, non est our eam
49 repudiare debeamus. Nam, ut ait *Goedd. de V. S. Ubi nulla absurditas, nulla lectionum contrarietas, et pugna, quae discordiam sententiarum gigneret, nulla iniquitas est, adeo studiose inherere non est opus, quin potius a Florentina lectione quandoque recedere melius, et aequius sit.* Quem laudat, et probat *Brunneman. de concursu action. cap.* 3. §. 9. et multos alios allegat. Sic etiam in *l. qui servum* 34. *in fin. ff. de obl. et act.* aut deest in Pandectis Flor. negatio in verbo *remanere*; aut abundat in verbis *locum non habet:* alias vix defendi potest ea lectio. Et in eadem lege rectius legitur *tutius*, ut in vulgatis, quam *totius*, ut in Florentinis. Sed admissa etiam lectione Florentina, cui certe plurimum fatemur esse deferendum; tamen id, quod volumus, non obscure demonstratur. Nam Scaevolae dubitationem, ac scrupulum injecit plenissima voluntas testantis erga affinem suum, quam ex eo conjectat, quod etiam reliqua colonorum ejus possessionis ad affinem pertinere voluerit. Hinc ab eo res in controversiam deducta; quia qui voluit id, quod plus est, multo magis
voluit id, quod minus est. Coeterum si non 50
expressisset reliqua colonorum, res nullam dubitationem habuisset.

His probe constitutis, dubitari non potest; fructus venales non contineri legato rerum, seu legato omnium rerum aliquo in loco existentium, eamdemque esse naturam fructuum, et aliarum rerum venalium. Sed obstat difficillimus textus in *l. praedia* §. *liberto ff. de instr. vel*
instrum. leg. ubi legato fundo Titiano, 51
et agello Semproniano cum instrumento, et his, quae in eodem erunt tempore mortis, continetur hoc legato etiam aliquantum vini, quod testator in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat.

Non immerito doctissimus Cujacius hanc legem sine emendatione explicari non posse statuit: et Acursius noster, et Bartolus, et alii putant, in dubio praesumendam esse contrariam voluntatem testatoris. Sed cum haec repugnet verbis legis, alia via tentanda est. Primum igitur animadvertendum est, quod vinum in doliis remanens, aut non erat venditum, aut venditum erat urgente aliqua necessitate, ut puta, ne acesceret. Nam si testator post factum legatum volens vinum vendidisset, etiamsi legato contineretur, et testator, cum legavit, ea mente fuisset, ut vinum quoque comprehenderet; tamen per voluntariam venditionem praesumeretur mutata voluntas, et ademptum
legatum *l. legatum* 24. §. *ult. ff. de adim.* 52
leg. l. si ex toto 8. *in princ. ff. de leg.* 1. *l.* 1. §. *ult. l. si cui fundum* 5. *ff de instr. vel instr. leg.* Nec potest defendi, quod statuit Anton. Fab. *lib.* 1. *conj. cap.* 6. ideo legatum non esse extinctum

quoad vinum, quod in doliis remanserat, quia nondum traditum erat. Neque enim traditio legatum extinguit, et adimit; sed mutatio voluntatis, quae arguitur ex voluntaria alienationa. Quamobrem etiamsi alienatio fuerit inutilis, et sine effectu; tamen legatum ademptum intelligitur propter praesumptam mutationem voluntatis *d. l. legatum* 24. *in fin. ff. de adim. leg. l.* 3. §. *ult. ff. de instr. vel instrum. leg.* imo etiam si dilata sit venditio in tempus, quo commode fieri possit; tamen sola destinatio ad vendendum adimit legatum *l. tabernam ff. eod.* Puto igitur, testatorem ibi totum vinum vendidisse, excepto eo, quod in doliis remanserat, quod ad usum familiae servabat.

Praeterea animadvertendum est, quod idem Scaevola, qui est auctor hujus legis, ast etiam auctor legis *generali* §. *idem quaesiit ff. de usu et usufr. leg.* quam supra exposuimus. Quapropter hae duae leges non possunt esse contrariae. Expendendum est igitur, quodnam sit in facto discrimen. In illa, *non minimus salis modus* inventus erat: in hac, *aliquantum vini* in doliis remanserat. Non temere, ao sine caosa haec expressit Scaevola, qui in factis referendis, et accurate perpendendis fuit omnium diligentissimus, ut omnes norunt. In illa dixit, inventum fuisse *non minimum salis modum*, ut ostenderet illum non esse destinatum ad usum familiae, sed ad vendendum; in hac expressit *aliquantum vini* in doliis remansisse, ut ostenderet non plus remansisse, quam ad usum familiae esset necessarium.

Denique animadvertendum, quod non temere proponit Scaevola, vinum illud in doliis habuisse testatorem, et in doliis remansisse. Vinum enim cum vendebatur, in amphoras, et cados diffundebatur: in doliis vero ad perpetuum usum
53 servabatur *l. vino legato* 14. *juncta l.* 3. §. *si vinum ff. de trit. vin. et ol. leg. l. penult. ff. eod.* Plin. *lib.* 14. *cap.* 13. *Invenimus inter exempla, Egnatii Necennii uxorem, quod vinum bibisset e dolio interfectam fuisse a marito, eumque caedis a Romulo absolutum.* Cic. *in Bruto. Ut si quis Falerno vino delectetur, sed eo nec ita novo, ut proximis Consulibus natum velit; nec rursus ita vetere, ut Opimium, aut Anicium Consulem quaerat. Atqui eae notae sunt optimae: credo: sed nimia vetustas nec habet eam, quam quaerimus, suavitatem, nec est jam sane tolerabilis. Num igitur, qui hoc sentiat, si is potare velit, de dolio sibi hauriendum putet? minime sed quamdam sequatur aetatem.* Ex hoc, et ex simili Plutarchi loco (his enim, et aliis supersedeo, ne longior sim) constat, vinum novum in dolia diffusum, ut conservaretur, et senesceret. In nostra autem lege modicum vini servaverat testator ad usum familiae, neque enim credibile est, Veteres servis, quorum opera ad colendos agros utebantur, vinum vetus potandum dedisse.

His animadversis, constat, ibi agi de vino ad usum familiae destinato, quod utique continetur legato fundi instructi 54
l. quaesitum §. *proinde* 28. *versic. vina quoque ff. de instr. vel instrum. leg.* Itaque superius argumentum aut nimis probat, aut nihil probat. Si agit de vino vendito, probat, legato contineri etiam vinum jam venditum, quod falsum est, et nemo sanus dixerit. Si agitur de modico vino destinato ad usum familiae, vel patris fam. nihil probat, quia hoc non fuit destinatum ad vendendum, et ideo ad quaestionem nostram non pertinet.

Illud animadvertere operae pretium est, quod licet olim, cum ad agrorum culturam servis utebantur, quos alere debebant, hujusmodi legatis continerentur fructus ad exhibitionem servorum necessarii *d l. quaesitum, et l. cum de lanionis* §. *item cum* 9. *ff. de instr. vel instrum. leg.* tamen hoc tempore, quo utimur colonis partiariis, non continerentur illi fructus, quos illis solemus

subministrare, quia hos ipsis vendimus, aut mutuamur, aut cum aliis permutamus.

Postremo, contra hanc sententiam opponebat quidam Judex, quod legatum fundi cum iis, quae ibi sunt, magis late pateat, quam legatum fundi instructi, et allegabat textum in *l. si chorus* §. *his*
55 *verbis ff. de leg.* 3. Hinc arguebat, quod si legato fundi instructi non continentur fructus venales, continentur legato fundi cum omnibus, quae ibi sunt.

Insulsum sane argumentum: nam probandum esset, latius patere quoad comprehendendas res venales. Nam hoc argumento probari posset: hoc legato contineri etiam pecuniam, et instrumenta, contra text. in *l. quaesitum* §. *Papinianus quoque ff. de instruct.* quia haec non continentur legato domus cum instrumento *l. si mihi Maevia in fin. ff. de leg.* 3. et alia prorsus absurda concluderentur.

CAPUT XXIX.

AD L. LUCIUS TITIUS

78. *ff. tres heredes* 2. *ff. de Senatusc. Trebell.*

SUMMARIUM.

I. Quid differat, an molestiae prohibeantur per modum conditionis, an poenae nomine.
II. In conditionibus merum factum spectatur.
III. Proponitur communis distinctio inter molestias justas, et injustas, et reprobatur.
IV. Per servum hereditas acquiritur domino ne momento quidem remanens penes servum.
V. Legata in testamento ob meritum relinquuntur.
VI. Qui recusat onus injunctum a testatore, indignus est ejus beneficio.
VII. Tutor, qui se excusat a tutela, etiam justa de causa legatum amittit.
VIII. Poena non habet locum sine delicto.
IX. Dolo facit, qui petit contra praeceptum testatoris, et n. 10.
XI. Deficiente conditione non datur actio: et ideo cessat exceptio doli.
XII. Testator, et contrahentes etiam facto per se honesto et licito possunt poenam imponere: et quare? et n. 15.
XIII. Et possunt imponere petenti quod sibi debetur, et jus suum persequenti.
XIV. Ratio affertur. Nemo gravari potest ultra id quod accipit.
XVI. Differentia inter poenas legis, et poenas testatoris, vel contrahentium.
XVII. Poena conventionalis aliquando confirmat actus invalidos.
XVIII. Molestari, et inquietari dicuntur debitores, etiamsi vere sint debitores.
XIX. Praeceptum turpe, vel impossibile impune non servatur. Exceptiones regulae supra traditae.

Semper in dies invalescit consuetudo apponendi testamentis praeceptum non inferendi molestiam alicui, et allatis molestiis privandi hereditate, vel legato eum, qui non paruit praecepto testatoris. Hujus praecepti exemplum proponit Scaevola in *l. Lucius Titius* §. *tres heredes ff. ad S. C. Trebell.*

Recte distinguunt DD. an hujusmodi praeceptum testator apponat per conditionem, an poenae nomine: hoc est, an heredem instituat sub conditione, *si molestiam non intulerit:* an vero heredem instituat pure, eumque privet hereditate, *si alicui molestiam exhibuerit*, et eum inquietaverit. Si sub hac conditione quis fuerit institutus, utique conditioni parere debet, et non consequitur hereditatem, vel legatum, si quocumque genere molestiae illum inquietaverit. Etenim in conditionibus nudum factum spectatur, etiamsi nullam vim habeat *l. Maevius* 55. *ff. de condit. et demonstr. l. mulier*, §. 1. 2. *ff. de condit, instit. l. servum testamento ff. de man. testam. l. Stichus* 24. *et l. penult.* §. 1. *ff. de statu lib.* 1 2

Quod si heres pure fuerit institutus, et privetur hereditate, *si alicui negotium fecerit*, solent distinguere inter molestias justas, et injustas. Si per calumniam, militiamque heres vexaverit eum, quem inquietare prohibebatur, putant, eum hereditate privandum. Si vero juste ei litem intenderit, non posse privari hereditate, cum poenam non incurrat, qui jure suo utitur. Hanc distinctionem probare non possum, si generaliter, et in universum quis prohibeatur alicui nego- 3

tium facere, molestiam creare controversiam movere, ipsum inquietare: maxime si, ut hodie fieri solet, tam juris, quam facti molestiae prohibeantur. Moveor auctoritate Scaevolae in *l. Lucius Titius §. tres heredes ff. ad S. C. Trebell.* ubi cum fuisset interdictum Sejo, ne quam Sticho moveret controversiam; et si quam controversiam movisset, uncia hereditatis relicta Sticho ad Maevium reverteretur: respondit Scaevola, quod si Sejus aliquam controversiam de uncia hereditatis facere velit Sticho, ea uncia ad Maevium revertitur. Animadvertendum est in hac lege primum, quod Scaevola non exigit injustam controversiam, sed sufficit aliqua controversia: nec requirit ut eum lite, aut longa frustratione vexet, sed sufficit, si controversiam facere velit. Praeterea, quod controversia quam Sejus Sticho facere volebat, justa erat, et rationem habebat. Etenim Sejus non tenebatur restituere unciam illam Sticho manumisso: neque de hoc rogatus erat a testatore, ut respondit Scaevola, ibi: *respondit, non proponi Sejum rogatum unciam ei restituere.* Cum igitur servus acquirat hereditatem domino, adeo ut ne momento quidem maneat penes servum *l. placet* 79. *ff. de acquir. hered.* et Sejus dominus non esset ro-
4 gatus hereditatem restitnere servo manumisso, juste dominus ei controversiam faciebat de hac uncia hereditatis. Et tamen quia prohibuit testator, ne quam controversiam Sticho moveret, amittit hanc unciam, eaque ad Maevium revertitur.

Moveor etiam evidenti ratione. Quamvis enim molestia, et controversia ipsa per se justa sit, et licita: tamen hoc ipso illicita est, et injusta, quod est contra praeceptum testatoris, et poenam privationis meretur heres, aut legatarius, quod contempsit praeceptum testatoris.
5 Quae in testamentis relinquuntur, ob meritum relinquuntur *l. nec adjecit ff. pro soc.* Cessat hoc meritum quoties ille, qui a testatore beneficio fuit affectus, ipse parere detrectat. Merito igitur re- 6
pellitur ab eo, quod petit, vel privatur eo, quod consecutus est ex testamento, cum recuset onus, quod testator imposuit *l. Nesennius versic. recte ergo ff. de excusat. tut.* Merito testator eum indignum sua liberalitate judicavit, cum eum ad insolentiam erexerit ipsa liberalitas, quae illum ad obsequium inclinare debebat *l.* 1. *versic. nam qui obsequiis C. de revoc. donat.* An non potest testator rei suae quamcumque voluerit legem dicere, et pro arbitrio suo disponere? *l. verbis legis ff. de V. S. Authent. de nupt. cap.* 2. *l. vel negare ff. testam. quemad. aperiant.* Quid autem justius, quam privare sua liberalitate, ac munificentia eum, qui nec obediens, et contumax est, et contemnit praeceptum ejus, cujus liberalitate fruitur? Quid injustius, quam lucrum quidem amplecti, onus autem annexum contemnere? *l. un. §. pro secundo in fin. C. de caduc. tollend.* sentire commodum, et incommodum recusare? *l. secundum naturam ff. de Reg. Jur. c. qui sentit* 55. *de Reg. Jur. in* 6. AEquissimum igitur, est enim aut totum amplecti, aut a toto recedere *l. cum quaeritur ff. de admin. tutor.* eique auferri quod relictum est, si non impleat quod praeceptum est, *Authent. de hered. et Falcid. cap.* 1. §. 1. *et* 2.

Confirmatur exemplo tutelae. Si tutor datus in testamento, idemque legato honoratus, velit quidem legatum, recuset autem suscipere tutelam, legatum amittit, etiamsi habeat justam causam se excusandi a tutela. Facit enim contra judi- 7
cium testatoris, qui non praesumitur ei dare velle legatum, qui tutelam non administrat, nisi contrarium evidenter expresserit *l. Nesennius cum duabus seqq. ff. de excusat. tut.* Quanto magis igitur repellendus est a legato, vel hereditate is, quem testator expresse repulit recusantem implere onus injunctum, etiamsi justam habeat causam ejus recusandi?

Doctores, qui contra sentiunt, in errorem induxit, quod poenam a testatoribus, vel etiam a contrahentibus injunctam putarunt metiendam esse ad normam poenae, quae a legibus infligitur.
8 Quemadmodum enim poena legis sine delicto non infligitur *l. sancimus C. de poen.* ita crediderunt, poenam testamentariam locum habere non posse, nisi probetur dolus, malus animus, et calumnia controversiam facientis.

Sed utrumque falsum est. Primum, quod dolo careat ille, qui controversiam movet contra voluntatem testatoris, etiam-
9 si controversia justa sit. Nam qui a testatore damnatus est non petere a debitore suo, dolo facit, si petat. *l. dolo facit* 8. *ff. de dol. mal. et met. excep. l. apud Celsum* 4. *§. praeterea ff. eod.* ibi: *Heres, qui non habet voluntatem defuncti, per exceptionem doli repellitur. l. ult. §. avus ff. eod.* ibi: *Quaesitum est, an contra voluntatem defuncti facere videatur, et doli mali exceptione submoveatur.* Et *in ead. l. ult. in fin. ff. eod.* ibi: *Respondit, eam contra voluntatem petere, et ideo exceptionem doli obstaturam.* Hoc enim ipso delinquit, quod non paret voluntati testatoris: et hujusmodi contumacia poenam hanc
10 meretur, ut repellatur ab eo, quod ipsi fuit a testatore relictum *l. ult. §. ult. ff. de doli mal. except.* in qua animadvertendum est, quod legato privatur heres non ea de causa, quod conditio illa, *si parem rationem fecerit cum coheredibus*, adjecta institutioni, repetita censeatur in legato: nam si legatum esset conditionale, ipso jure non deberetur; cum defecerit conditio, et ideo non esset con-
11 fugiendum ad doli exceptionem. Deficiente enim conditione non datur actio *l. cum duobus* 52. *alias l. si fratres §. si qui societatem ff. pro soc.* et deficiente actione non est opus exceptione *l. 2. ff. de except.* Repellitur igitur a legato, quia non paruit voluntati testatoris, parem rationem faciendo cum coheredibus. Eadem ratione etiam in *l. filio* 94. *ff. ad Leg. Falc.* filia juste retinet Falcidiam in praelegatis fratris; quia tamen non paret voluntati defuncti solvendo integra praelegata fratri suo, amittit propria praelegata.

Illud etiam falsum est, quod assumunt: videlicet, quod sicut a lege infligi poena non potest, nisi delinquentibus, ita non possit imponi poena ab homine de rebus suis disponente vel inter vivos, vel in ultima voluntate: si quidem delicti nomine intelligunt aliquid distinctum a contumacia non obtemperantis praecepto testatoris, aut initae conventioni, et dolo ejus, qui lucro, et commodo frui satagit, onus autem, et incommodum rejicit. Potest 12
enim testator, possunt contrahentes cuilibet facto alioqui justo, ac licito poenam imponere. *§. ult. Inst. tit. de V. O. l. si poenam* 68. *l. continuus* 137. *§. si ut aliquid ff. eod.* Non pertinet ad privatos punire delinquentes: hoc proprium munus est legis. Testator et contrahentes possunt tantummodo poenam imponere non obedientibus dispositioni, et conventioni. Itaque in hac poena infligenda non quaeritur, justum, an injustum, licitum, an illicitum fuerit factum: sed an sit contra dispositionem, et conventionem. Nihil justius est, quam creditorem petere posse id, quod sibi debetur: et tamen creditori petenti poena recte imponitur: et si petat contra conventionem, 13
poenam incurrit *l. amplius non peti ff. rem rat. haberi.* Nihil justius est, quam dominum jure suo uti, et jus suum persequi; et tamen recte a testatore prohibetur, ne quis jure suo utatur, et jus suum persequatur *§. si quis velit. Instit. tit. de servit. l. non solum nostrum, et l. cum heres ff. de liberat. legat.* et potest privari hereditate, vel legato si contra fecerit *l. tutor ff. eod.*

Hujus rei duplex est ratio. Altera, quod haec poena non afficit personam, neque bona gravati: sed bona ipsius testatoris, quibus testator eum privat non

obtemperantem voluntati suae: neque e-
nim potest gravari ultra id, quod accepit
14 *l. Imperator* 70. *ff. de legat.* 2. Pro-
pterea potest testator pro suo arbitrio
poenam imponere, cum haec afficiat pro-
pria bona, de quibus pro arbitrio potest
libere disponere *l. verbis legis ff. de V.
S. Anthent. de nuptiis cap.* 2. Et cum
possit pro arbitrio heredem gravare ad
restituendam alteri hereditatem etiam si-
ne ulla causa; multo magis illum gra-
vare potest, si non obtemperaverit suae
voluntati,

Altera est, quia haec poena non impo-
nitur ad puniendum delictum, neque ut
quis a delinquendo deterreatur, sed ut
inducatur ad aliquid faciendum *l. stipula-
tio ista* §. 1. *ff. de V. O.* vel ad implen-
15 dam voluntatem testatoris *l. unic. C. de
his, quae poenae nomine.* Quocirca
haec poena non est exigenda ad normam,
praescriptionemque legum, sed ad nor-
mam voluntatis testatoris. Atque ut haec
poena debeatur, sufficit, factum fuisse id,
quod fieri noluit testator, sive factum
fuerit legitimum, et justum, sive non
fuerit: sive malo animo, et malitiose fa-
ctum fuerit, sive non fuerit, sufficit enim
non fuisse impletam voluntatem testatoris
d. l. unic. C. de his, quae poenae nom.

Nihil igitur commune habet poena a
legibus injuncta delinquentibus cum hac
poena injuncta contumaciae non obtem-
16 perantium. Illa suos auctores tenere de-
bet, et ad alios extendi non potest *l. si
poena et l. crimen ff. de poenis. l. san-
cimus C. eod.* Haec imponi potest etiam
pro facto alieno *l. stipulatio ista* §. 1.
ff. de V. O. Illa debet esse major, mi-
norve pro qualitate delicti *l. perspicien-
dum* 11. *ff. de poen. l. aut facta* 16.
ff. eod. l. Pedius 4. §. 1. *in fin. ff. de
incend. ruin. l. sancimus C. de poen.
c. quaesivit in fin. de his, quae fiunt
a major. part. c. felicis* §. *illud autem
de poen. in* 6. Haec nullam habet ratio-
nem cum delicto, aut facto, cui impo-
nitur; et potest quis privari pinguissima
hereditate ob factum nullius fere momen-
ti, quia in hac solam testatoris volunta-
tem spectamus, non qualitatem facti. Il-
la emendatur, et abolentur facta injusta,
et illicita, et a legibus prohibita *l. san-
cimus C. de poenis.* Hac contra confir- 17
mantur etiam actus invalidi: ut cum ad-
jicitur poena stipulationi facti alieni, quae
confirmat stipulationem alias inutilem *l.
stipulatio ista* §. 1. *ff. de V. O.* §. *al-
teri instit. tit. de inut. stipul.* cum adji-
citur oneri adjecto libertati *l. un. C. de
his, quae poenae nom.* cui alias onus
adjici non potest *l.* 1. §. *quae oneran-
dae ff. quar. rer. actio non detur.*

Quibus probe constitutis satis apparet,
quod si verba testatoris sint idonea ad
comprehendendum omne genus molestiae,
non est distinguendum inter molestias ju-
stas, et injustas. Molestari enim, et in- 18
quietari dicuntur debitores, licet vere
debitores sint, seclusa dispositione testa-
toris *l.* 3 §. *nunc de effectu, et l. Au-
relio* 20. *ff de liberat legat.*

Fateor tamen aliquando non incidere
in poenam a testatore impositam eum,
qui facit id, quod vetuit testator. Pri-
mum, si praeceptum testatoris impossibi-
le sit, aut turpe, aut contra leges, aut
contra bonos mores. Non debetur enim 19
poena praecepti impossibilis *l. si homo*
69. *ff. de V. O. l. un. in fin. C. de
his, quae poenae nom. l. multa in princ.
l. pater* 101. *in princ. ff. de cond. et
dem.* Haec enim praecepta cum sint im-
possibilia *l. filius* 15. *ff. de cond. instit.
l. inter stipulantem* §. *sacram ff. de V.
O.* non obligant heredem, et legatarium
d. l. inter stipulantem §. *sacram versic.
et ea dumtaxat, et l. impossibilium ff.
de Reg. Jur.* eique remittuntur, et pro
non scriptis habentur *l. non dubitamus
ff. de cond. et demonstr. l. conditiones,
quae ff. de cond. instit. l. facta* 63. §.
si sub conditione ff. ad S. C. Trebel.
Quamobrem cum remittatur ipsum fa-
ctum, et pro non scripto habeatur, non
potest committi poena: nec potest mul-

ctari is, qui non fecit id, quod facere non potuit.

Praeteres, si heres, aut legatarius molestiam exhibeat ad conservandam voluntatem testatoris: veluti si petat id, quod sibi relictum fuit in testamento. Hic enim non contemnit praeceptum testatoris, neo quicquam facit contra ejus voluntatem, sed ipsam tuetur, et conservat: Neque quisquam videri potest disposuisse ad evertendam voluntatem suam.

CAPUT XXX.

AD L. SOLEMUS

61. et *l. si quis intentione* 66. *ff. de judic.*

SUMMARIUM.

I. In judiciis latior fit interpretatio, quam in contractibus.
II. In contractibus maxime spectandum, quid actum sit; et quare?
III. Ex verbis colligitur mens contrahentium. Qui generaliter loquitur singulas species comprehendit.
IV. In judiciis solum spectamus voluntatem proferentis: et quare?
V. In judicium venit omne, quod nominatim non fuit exceptum: et quare?
VI. In exploranda voluntate, id quod verisimile est, sequimur.
VII. In judiciis verba praesentis temporis futurum continent.
VIII. Compromissa admittunt interpretationem contractuum, non judiciorum.
IX. Late explicatur *l. Ædiles* 25. §. *item sciendum ff. de Ædil. Edict.*
X. Actio redhibitoria est bonae fidei.
XI. Eadem fit interpretatio libelli tam in judiciis bonae fidei, quam stricti Juris.
XII. Quoad interpretationem verborum non differunt contractus bonae fidei, et stricti juris.
XIII. An in judicium veniant fructus percepti ante litem contestatam.
XIV. Edictum Ædilium quid contineat.
XV. In judiciis quid sit restituendum actori?
XVI. Quid in actione redhibitoria?
XVII. Libellus ambiguus comprehendit quod actori utilius est: et quare? n. 19.
XVIII. Quantum differant interpretationes contractuum, et judiciorum.
XX. Interpretanda sunt verba, ut actus valeat.
XXI. Etiamsi interpretatio redundet in favorem proferentis.
XXIII. Judex non potest condemnare nisi in id, quod in judicium deductum est.
XXIV. Actore non probante reus est absolvendus.
XXV. Ambigua probatio actori non prodest.
XXVI. Judex certam sententiam ferre debet.
XXVII. An voluntas actoris ab herede possit declarari, et nu. seqq.
XXVIII. Instantia transit in heredem cum omnibus suis qualitatibus.
XXIX. Voluntas a declaratione voluntatis multum differt.
XXX. Si actori jus superveniat inter moras judicii reus condemnandus est.
XXXI. Iniquum est aliquem de alieno facto jurare. Quantum differat juramentum a declaratione voluntatis.
XXXII. Voluntatis declaratio, quae a lege requiritur, in heredem transit.
XXXIII. Voluntas, quae ab homine requiritur, simpliciter et ab herede, et a legatario potest declarari.
XXXIV. Secus si per modum conditionis injuncta sit.
XXXV. Conditio injuncta personae ab ea debet impleri.
XXXVI. Legatum optionis cujusmodi esset olim, cujusmodi sit hodie.

In judiciis latior fit interpretatio, quam in contractibus. *l. si stipulatus* 76. §. *cum. stipulamur ff. de V. O.* ubi hujus interpretationis proponitur elegantissimum exemplum, et discrimen inter contractus, et judicia. In contractibus enim potissime spectandum est, quid actum sit inter contrahentes *l. ubi est verborum ff. de reb. dub. l. dotis* 7. §. *si ususfructus ff. de jure dot. l. qui usumfructum* 36. §. *stipulatus ff. de usufr. l. sed Celsus* §. 1. *l. cum in lege* 33. *et l. fistulas* 78. *in princ. ff. de contr. empt. l. qui fundum* 40. §. *fundi eod l. si venditor in princ. et in* §. *ult. et l. ex empto* §. 1. *ff. de act. empt.* Contractus enim utriusque consensu constat, et sine voluntate utriusque contrahentis in idem placitum non contrahitur obligatio. *l.* 1. §. *conventionis ff. de pact. l. non solum* 31. *ff. de oblig. et act.* Itaque in interpretando contractu, quid voluerint, quid egerint contrahentes potissimum animadvertere oportet. Non tamen ferendus est debitor, qui cum generaliter contraxerit, postea causatur, se de aliquibus tantum rebus sensisse *l. non est ferendus ff. de transact. l. quicquid adstringendae in princ. ff. de V. O. l. si mihi et Titio* §. 1. *ff. eod.* Ex verbis enim, et ex eorum significatione colligitur quid senserint, quid voluerint contrahentes *l. La-*

(Margin numbers: 1 beside "In judiciis latior"; 2 beside "me spectandum est"; 3 beside "§. 1. ff. eod.")

beo 7. *ff. de supell. leg. l. in ambiguo* 3. *ff. de reb. dub.* Quamobrem cum in verbis non est ambiguitas, non est admittenda voluntatis quaestio *l. ille aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 3. et repellendus est a probatione contrariae voluntatis, nec audiendus est, qui contendit, se aliter sensisse: cujus rei elegantissima proponuntur exempla in *l. Labeo ff. de supell. leg. in l.* 4. *princ. versi quod si quis ff. de leg.* 1. in *l. quoties* §. 1. *ff. de hered. inst.* in *l. si alii* 19. *ff. de usu. et usufr. leg.* Cum igitur genus singulas species comprehendat *l. semper specialia ff. de Reg. Jur. l. si chorus* 79. *in princ. ff. de leg.* 3. qui generalibus verbis utuntur, id egisse videntur, ut singulas species comprehenderent *l.* 1. §. *quod autem ff. de aleat. l. ult. in princ. C. de usur. rei jud.*

In judiciis autem multo laxior fit interpretatio verborum; neque enim ea interpretamur secundum mentem utriusque, tam actoris, quam rei, neque spectamus utriusque voluntatem in idem placitum
4 concurrentem; sed solum voluntatem proferentis; solum quaerimus, quid senserit ille, qui dixit. Judicium enim non constat utriusque voluntate et consensu, sed redditur in invitum: quapropter absurdum esset, explorare quid voluerit reus; qui velit, nolit, judicium suscipere cogitur *l. solemus, et l. si quis intentione ff. de judic. l. inter stipulantem* §. *si Stichum ff. de V. O.*

Quo fit, ut, cum in interpretanda actoris intentione, seu libello, spectanda sit voluntas solius actoris, neque curandum sit, quid reus senserit: id omne in judicium venisse videatur, quod nominatim
5 non fuit exceptum: neque enim quaeritur quid inter litigantes actum fuerit, ut veniret in judicium, sed quid voluerit
6 venire actor ipse. Ut autem exploremus voluntatem actoris, observandum est, quid verisimile sit, eum voluisse *l. in obscuris* 114. *ff. de R. J. l. insulam* 13. *in fin. ff. qui pot. in pign. l.* 2. §. *si venditor* 14. *ff. de hered. vel act. vend.* verisimile autem est, actorem non jus suum in judicium deducere voluisse *l. ult. in fin. C. de annal. except.* Et ideo nisi quid ipse nominatim exceperit, aut inter litigantes actum fuerit ne in judicium veniret, omne jus actoris in judicium deductum videtur *d. l. ult. et l. solemus ff. de judic. c. cum Ecclesia* 3. §. *verum de causa possess.* Et etiamsi verbis praesentis temporis utatur, tamen etiam futura continentur *l. si stipulatus* 76. §. *cum stipulamur ff. de V. O. cap. Abbate sane* §. *coeterum cum seq. de sent. et re jud. in* 6. 7

Ex quibus apparet ratio, cur non eamdem interpretationem sequamur in compromissis: id enim tantummodo venit in compromissum, de quo actum fuit, ut veniret *l. quid tamen* 21. *alias l. si cum dies* 22. §. *plenum ff. de recept. arb.* Compromissum constat pacto, et conventione utriusque compromittentis *l. litigatores* §. *quod ait Praetor et* §. *interdum l. item si unus* §. *sed si ita ff. de recept. arbitr.* Est enim conventio inter aliquos inita de controversia per arbitrum finienda, cum promissione poenae irrogandae ei, qui non paruerit sententiae arbitri. Itaque cum compromissa ex consensu reddantur, interpretationem eamdem prorsus admittunt, quam contractus, nec possunt in compromissum venire nisi res, et controversiae, de quibus actum fuit *l. cum Aquiliana* 5. *ff. de transact.* ubi observanda sunt illa verba, *quae ex consensu redditur;* quibus ratio respondendi continetur *l. qui cum tutoribus* 9. §. 1. *ff. eod. l. si de certa* 31. *C. eod.* Contra in judiciis, quae non redduntur ex consensu, spectari non potest, quid actum sit inter litigantes: sed aequum est, ut in judicium veniat omne jus actoris, nisi actum fuerit ne veniret. 8

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. Ædiles etiam* 25. §. *item sciendum in fin. ff. de Ædil. Edict.*

9 ibi: *Quae ante judicium contingunt non valde ad judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.*

Sunt qui putant, in hac lege agi de judicio stricti Juris, in quo non venit nisi id, de quo nominatim actum fuit, et omissum pro omisso habetur *l. quicquid adstringendae* 99. *in princ. l. ita stipulatus* 115. *in princ. ff. de V. O.*

Vix est, ut operam impendamus in hac falsissima sententia confutanda. Utrumque enim perspicue falsum est. Non agitur ibi de judicio stricti Juris, agitur enim de redhibitione, quae fit empti judicio *l. ex empto* §. *redhibitionem ff.*
10 *de action. empt.* Empti judicium est bonae fidei §. *actionum autem Instit. tit. de action. l. fundi* 17. §. *si ruta et caesa ff. de action. empt.* Falsum est etiam, quod in judiciis stricti Juris verba intentionis actoris stricte sint interpretanda, et in judicium veniat solum id, de quo nominatim est actum. Repugnat enim text. in *l. solemus* in *l. si quis intentione ff. de judic.* in *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *ff. de V. O.* quae tum generales sunt, tum generali ratione nituntur, quae pertinet tam ad judi-
11 cia stricti Juris, quam bonae fidei. Facultas enim, quam habet Judex ex praescripto Praetoris in judiciis bonae fidei, non pertinet ad interpretationem libelli, sed ad ea, quae alterum alteri praestare oportet ex natura conventionis. Nam in strictis judiciis est alligatus verbis contrahentium: in bonae fidei potest ex bono et aequo aestimare *l. quia tantumdem ff. de negot. gest. l. quicquid adstringendae ff. de V. O. l. si servus* 50. §. *ult. ff. de leg.* 1. *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua ff. de Ædil. Edict. l.*
12 *usurae* 34. *ff. de usur.* Quin imo, et quoad interpretationem verborum ambiguorum eadem est ratio contractuum bonae fidei, et stricti Juris *l. veteribus* 39. *ff. de pact. l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt. l. cum quaeritur ff. de reb. dub. l. stipulatio* 38. §. *in stipulationibus ff. de V. O.*

Respondent Viri doctissimi, ibi agi de accessionibus, et fructibus perceptis ante litem contestatam, qui cum separati sint a re petita, adeoque differant a re ipsa, 13
non possunt comprehendi petitione rei *l. in aedibus* 9. §. 1. *ff. de donat.* Quamohrem nominatim petendi sunt; nam quae ante judicium acceptum contingunt, non valde ad Judicem pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Ego vero contra sentio, hos fructus, et accessiones venire in judicium redhibitorium, etiamsi nominatim haec petita non fuerint: neque in hac lege agi de libello, et petitione actoris; eamque legem ad rem nostram minime pertinere. Non agitur in ea lege de libello ambiguo, nec de petitione actoris, sed explicatur ab Ulpiano Edictum AEdilium.

Edicto AEdilium cavetur, ut qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi, vitiive sit, et palam recte pronuncient. Si secus fecerint, judicium datur, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem na- 14
tum, acquisitumve fuerit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat *l.* 1. *ff. de Ædilit. Edict.* Explicans hoc Edictum Ulpianus admonet, haec omnia, quae exprimuntur Edicto AEdilium referenda esse ad ea, quae percepit actor, seu emptor ante litem contestatam. Nam ea, quae percipit post litem contestatam, praestare cogitur officio judicis, cum post judicium acceptum tota causa in Judicio versetur, et restituenda sit non solum res petita, sed etiam rei causa: hoc est, ut actor habeat omne id, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatae fuisset ei res restituta *l. praeterea, et l. ex diverso* 15
§. 1. *ff. de rei vind. l.* 2. *ff. de usur. l. illud ff. de petit. hered.* Itaque de his rebus restituendis necesse non fuit AEdiles nominatim Edicto cavere, cum veniant ex natura actionis, et officio Ju- 16
dicis praestandae sint *dd. ll. et* §. *et si in rem, cum seq. Inst. tit. de offic. Ju-*

dic. De his autem, quae percepit emptor ante litem contestatam, necesse fuit AEdiles Edicto cavere, eaque enumerare, et nominatim injungere Judici, ut ad haec quoque restituenda condemnaret emptorem. Ad haec enim restituenda non potuisset Judex condemnare. Non ex officio, quia officium Judicis non extenditur ad ea, quae ante judicium acciderunt *d. l. Ædiles §. sciendum in fin. ff. ad Ædil. Edict.* Non ex natura ipsorum fructuum, quia cum emptor bona fide possederit, tenetur solum ad fructus perceptos post litem contestatam *l. certum C. de rei vind.* Necessarium igitur fuit, AEdiles nominatim cavere de his fructibus restituendis. Hanc puto germanam hujus legis interpretationem.

His expositis constat, verba illa, *nisi fuerint ei nominatim injuncta*, non esse referenda ad libellum, et petitionem actoris, sed ad Edictum AEdilium, quo nominatim injungitur Judici, ut condemnet etiam ad restituenda ea, quae percepta sunt ante litem contestatam. Quamobrem in ea lege non agitur de interpretatione libelli ambigui, aut de iis, quae veniunt in judicium ex petitione actoris, seu de illis, quae petenda sunt ab actore nominatim.

Constat etiam, quod etsi nominatim haec petita non fuerint, tamen Judex ad ea restituenda debet condemnare: veniunt enim ex natura actionis rehdibitoriae, et ex Edicto AEdilium, quo nominatim injungitur haec restitutio *d. l. 1. ff. de Ædil. Ed.* Et ideo Judex ex officio debet condemnare, sicut condemnat in fructibus postea perceptis *l. plus est* 22 *ff. de V. S.*

Hactenus de interpretatione libelli generalis: nunc de interpretatione libelli ambigui. Libellus ambiguus comprehendit id, quod actori utilius est *l. si quis*
17 *intentione ff. de judic.* Utrumque enim interpretamur in favorem actoris. Alia adhibetur interpretatio in judiciis: alia in contractibus.

In contractibus ambigua verba interpretamur contra proferentem, hoc est, contra stipulatorem, locatorem, venditorem *l. cum quaeritur ff. de reb. dub. l. stipulatio ista* 38. *§. in stipulationibus ff. de V. O. l. Labeo* 21. *et l. cum in lege* 33. *ff. de contr. empt. l. veteribus ff. de pact.* quia cum contra- 18
ctus constet utriusque contrahentis consensu, et sine conventione obligatio non contrahatur *l. non solum* 31. *ff. de obl. et act. l. 1. §. conventionis ff. de pact. l. in omnibus rebus ff. de oblig. et act.* utriusque contrahentis voluntas spectanda est, nec minus quid hic, quam quid ille voluerit comprehendere, curandum est *d. l. non solum* 31. *ff. eod.* Est igitur par ratio, par causa utriusque contrahentis. At in pari causa aequum est, verba nos interpretari contra proferentem, qui potuit apertius dicere: ac proinde sibi debet imputare, suaeque culpae adscribere, si obscure dixit *l. veteribus ff. de pact. l. Labeo* 21. *ff. de contr. empt.* AEquissimum enim est, factum cuique suum nocere, non alteri *l. factum* 155. *ff. de Reg. Jur.*

In judiciis vero verba interpretamur in favorem proferentis. Judicium enim solius actoris voluntate constat, cum in reum etiam invitum reddatur *l. inter stipulantem §. 1. ff. de V. O.* Libellus 19
continet intentionem solius actoris: quamobrem verba ex actoris voluntate sunt aestimanda. Quid reus senserit parum refert: sola voluntas actoris spectatur. Ut autem actoris voluntatem exploremus, id quod verisimile est, eum voluisse, debemus investigare *l. in obscuris* 114. *ff. de Reg. Jur. l. insulam ff. qui potior. in pign.* verisimile est autem, quemlibet velle id, quod sibi utilius est *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O. l. hi qui* 34. *in fin. ff. de fidejuss.* Et ideo actor censetur in judicium deduxisse id, quod sibi utilius est.

Concurrit et alia ratio, quamobrem rei voluntas curanda non sit: quia sem-

per reus negaret, se convenisse, ut judicium eludaret *l. solemus ff. de judic. l. inter stipulantem* §. 1. *ff. de V. O.*
20 Verba semper interpretanda sunt, ut actus valeat potius, quam pereat *l. ubi est verborum* 21. *ff. de reb. dub. l. quoties in stipulationibus* 80. *ff. de V. O. l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Eadem est ratio interpretandi actiones, et exceptiones *l. quoties in actionibus* 12. *ff. de reb. dub. l. in contrahenda* 172. *ff. de Reg. Jur.* Ed ideo necesse est, in judiciis verba in favorem proferentis interpretari.

Et hac in re judicia non differunt a contractibus. Nam et in contractibus, licet ambigua verba sint interpretanda contra proferentem; tamen si secundum hujusmodi interpretationem contractus sit inutilis, ab illa regula recedimus, et in favorem proferentis verba interpretamur,
21 ne contractus corruat? ut in *l. eum qui calendis in fine princip. ff. de V. O.* In qua lege si verba interpretemur contra stipulatorem proferentem, promissor tenebitur dare calendis remotissimis: longius enim tempus stipulatione comprehensum videtur *l. si ita stipulatus* 109. *ff. de V. O.* Sed si tenetur dare calendis remotissimis, inutilis erit stipulatio; numquam enim venturae sunt hae calendae. Concurrunt igitur duae regulae: altera de verbis interpretandis contra proferentem: altera de verbis interpretandis ita, ut actus potius valeat, quam pereat. Quid dicendum? praeponderat regula validitatis actus: eaque in hoc concursu potius attendenda; posthabita interpretatione contra proferentem. In judiciis concurrunt hae duae regulae: posthabenda igitur est interpretatio contra proferentem, eaque rejecta, pro proferente verba sunt interpretanda, ne sit inutile judicium.

Sed contrarium videtur respondisse Ulpianus in *l. idem Pomponius* 5. §. *ult. ff. de rei vind. Si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem.* Ergo potius redditur inutile judicium, quam fiat interpretatio in favorem actoris. 22

Vere tamen contrarium non est, quod in hac lege respondit Ulpianus, iis, quae respondit Paulus in *l. inter stipulantem* §. *si Stichum ff. de V. O.* Neque enim eadem quaestio in utraque lege pertractatur. In *l. inter stipulantem*, proponitur hujusmodi quaestio. Titius petebat a Maevio Stichum servum, et cum plures essent ejus nominis servi, nullam adjecerat demonstrationem, qua distingueretur, quis ex his peteretur, ut fieri debet *l. si in rem* 6. *in fin. ff. de rei vind.* Cum autem probare vellet, sibi deberi eum Sticum, quem dicebat, se petiisse: reus negabat, se de eo sensisse, cum litem contestatus est: adeoque servum illum in judicium deductum non fuisse; ac propterea novo libello, nova litis contestatione, novo judicio opus esse. Non potest Judex condemnare reum 23
de eo, quod in judicium deductum non fuit *l. ut fundus ff. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert.* Respondit J. C. reum, qui vult eludere judicium, audiendum non esse, nec spectandam ejus voluntatem, qui vel invitus cogitur judicium accipere: et actori credendum, eumque servum in judicium deductum esse, quem actor intellexerit.

Contra vero quaestio ab Ulpiano proposita in *l. idem Pomponius* §. *ult. ff. de rei vind.* est hujusmodi. Petebat Titius a Maevio Erotem servum, et, cum plures essent ejusdem nominis, nec in libello demonstraverat, quem petiisset, neque id apparebat ex probationibus. Rogabat, Judicem, ut Titium condemnaret ad praestandum Erotem. Maevius opponebat se non posse condemnari, cum non appareret, de quo servo actum fuisset in judicio. Respondit Pomponius, nullam sequi posse condemnationem. Et recte. Nulla sequi potest condemnatio, quia 24
actore non probante, reus est absolvendus, non condemnandus *l.* 2. *C. de pro-*

but. l. 4. *C. de edendo l. si quidem* 9. *C. de except. l. negantes* 9. *C. de oblig.* probatio autem dubia, et ambigua actori
25 non prodest: certo enim probare debet quid sibi debeatur *c. in praesentia* 8. *de probat.* Nulla sequi potest condemnatio,
26 quia Judex certam sententiam ferre debet *l. in sententiis* 59. *ff. de re judic. l. ult. C. de sentent. quae sine cert. quant.* Non potest autem certam ferre sententiam, si non apparet, de quo servo actum fuerit in judicio. Tria enim haec inter se convenire debent; libellus: probatio: sententia Judicis. In quaestione hujus legis ventum erat ad finem judicii: quaeritur enim, an fieri debeat condemnatio: et adhuc non apparebat, de quo servo actum fuisset. Praecesserat non solum libellus, et litis contestatio, sed etiam probationes: et tamen non apparebat, de quo servo actum fuisset: ergo non probaverat actor, certum aliquem servum sibi deberi: ac proinde merito reus negabat, fieri posse condemnationem. Non allegabat, se de alio servo sensisse, ut in superiore quaestione: sed dicebat, neque ex libello, neque ex probationibus apparere, de quo servo actum fuisset. In summa supponitur in hac lege aut actorem nihil probasse, aut dubiam, et incertam probationem, qualem rejicit summus Pontifex in *cap. in praesentia* 8. *de probat.* attulisse.

Est igitur merum commentum Doctorum, qui putant hic agi de ambiguo facti, quod a solo actore declarari potest, fingunt autem hic, actorem fuisse mortuum, antequam declararet suam volun-
27 tatem. Cum autem voluntas ab haerede non possit declarari, adeoque non appareat de quo servo actum fuerit, nulla sequi potest condemnatio.

Quod autem voluntas actoris ab ejus haerede non possit declarari, probant primo, quia alia est voluntas defuncti, alia heredis, argum. text. in *l. generaliter in princ. C. de reb. cred.* secundo, quia nemo videtur dixisse, quod non mente agitaverit *l. Labeo ff. de supell. leg.* id autem quod quis mente agitavit, cum intus in animo lateat, ab alio explicari non potest. Tertio, quia facultas explicandi voluntatem, personalis est, et ad heredes non transit *l. centesimis §. ult. ff. de V. O.* Et confirmatur exemplo legati optionis in §. *optionis* 23. *Instit. tit. de legat.*

Ego tamen contra sentio: in ea lege non agi de actore mortuo, quod est merum purum figmentum: et quamvis ageretur de actore mortuo, tamen posse heredem declarare ambiguam intentionem defuncti actoris. Etenim instantia transit in heredem actoris cum omnibus suis qualitatibus, adeo ut heres jure defuncti utatur, et induat omnia ejus jura, et privilegia, *l. oratione ff. de feriis l. si* 28
is qui Romae, et l. ubi acceptum ff. de judic. Nam cum quis utitur jure alterius, in eum transeunt omnia, quae alteri competebant, etiam vitia *l.* 4. §. *de auctoris dolo ff. de doli et met. except. l. cum heres ff. de divers. temp. praescr.* Cum igitur defunctus posset declarare ambiguum libellum: poterit eumdem declarare etiam ejus heres.

Neo enim in hac causa quaeritur, an voluntas defuncti sit voluntas heredis; hoc enim est indubitatum; sed an defun- 29
cti voluntatem possit heres declarare. Multum autem differt voluntas à declaratione voluntatis, quae multo facilius admittitur *l. heredes palam* §. 1. *ff. qui testam. fac. pos.* et facit text. in *l. Theopompus ff. de dot. praeleg.*

Imo vero nec agitur de declaratione voluntatis. Neque enim necesse est, ut heres declaret, quid senserit defunctus actor: hoc enim ab ipsa lege declaratur. Sufficit, ut declaret, quid actori fuerit utilius: hoc enim declarato, lex statuit id ambiguo libello comprehendi: nostra *l. si quis intentione ff. de judic.* Quid actori sit utilius tantummodo quaeritur in interpretatione libelli ambigui: id enim accipiendum est *d. l. si quis intentione*

ff. de judic. Hoc autem facti est, et quidem extrinseci, quod potest etiam ab herede declarari: neque enim hujusmodi factum in animo latet, sicut voluntas, adeo ut alteri notum esse non possit. Solus heres, cui notus est status hereditarius, scire potest, quid fuerit utile defuncto: ad ipsum igitur pertinet hujus facti declaratio. Praeterquam quod cum in favorem actoris, et ne judicium reddatur inutile, reo negante, se convenisse, sit constitutum venire in judicium id, de quo actor senserit *l. solemus ff. de judic. l. inter stipulantem* §. 1. *ff. de V. O.* quid causae esse potest, cur non sit credendum heredi, qui actor est, translata in eum instantia defuncti, atque adeo reddendum sit inutile judicium, et danda sit facultas reo coeptum judicium eludendi? Nemo certe hoc mihi poterit persuadere. Praesertim quia aut probat heres, deberi sibi servum, quem dicit, in judicium fuisse deductum: aut non probat. Si non probat, utique reus est absolvendus *l.* 2. *C. de probat. l.* 4. *C. de edendo*, et similibus. Si vero probat, eum sibi deberi, et debitum fuisse actori, qui petiit, quid causae est, cur reus velit evitare condemnationem. Etenim, quod magis est, etiamsi ab initio res non recte fuerit petita, quia jus petendi non habebat actor; tamen si inter moras ju-
30 dicii jus actori superveniat, dummodo superveniat ex causa de praeterito, non potest reus evitare condemnationem *l. si mandavero tibi* 17. *ff. mand. l. si rem* 9. §. *ult. ff. de pignor. act. l. quaesitum* 30. *in princ. ff. de pecul. c. Abbate sane* §. *coeterum cum seqq. de sent. et re judic. in* 6. et facit text. *in l. Julianus* 11. *ff. qui satisd. cog.*

His probe constitutis: ad contraria argumenta facilis est, at prompta responsio. Et quidem in universum respondetur, hic neque agi de transferenda in heredem voluntate defuncti, quod fieri non potest: neque de transmittenda facultate declarandi: et explicandi voluntatem, ut probavimus; unde omnia argumenta concidunt ipsa per se.

Singillatim tamen respondetur, non posse deduci argumentum a jurejurando ad nudam voluntatem. Primum, quia iniquum est de alieno facto alium jurare *l. Marcellus* §. *jurare ff. de act. rer. amot.* Non est iniquum alienam voluntatem declarare. Praeterea, jurandi necessitas 31
facile remittitur propter quorumdam superstitiosam timiditatem *l. quae sub conditione* 8. *in princ. et* §. *seqq. de condition. inst. l. haec scriptura ff. de cond. et dem. l. liberto ff. de bon. libert.* Non remittitur necessitas declarandi voluntatem *l. si ita legatum* 65. §. *illi si volet ff. de leg.* 1. Est igitur futile hoc argumentum.

Non majoris momenti est alterum petitum ex *l. centesimis* §. *ult. ff. de V. O.* Etenim cum quaeritur, an heres velle possit, cum defunctus non declaravit, se velle, ita distinguendum est. Aut voluntas requiritur a lege, aut ab homine. Si a lege; nempe si lex disponat, ut actus pendeat a voluntate hominis, facultas declarandi voluntatem transit in heredem. Ut, puta, legatum non acquiritur invi- 32
to, sed si voluerit legatarius *d. l. si ita* §. *illi ff. de leg.* 1. si nolit, et repudiet, legatum corruit. Sed si decedat antequam velit, et agnoscat, ad heredem transmittitur, et potest velle, et agnoscere legatum ipse heres *d. l. si ita legatum de leg.* 1. *et l. si post diem ff. quan. di. leg. ced.* Item in legato generis, et alternativo habet legatarius facultatem eligendi, et declarandi quid velit ex pluribus rebus legatis §. *si generaliter* 22. *Inst. tit. de legat. l. qui duos* 20. *l. si servus* 108. §. *cum homo ff. de legat.* 1. Quod si moriatur legatarius antequam declaret utrum velit, haec facultas ad heredem simul cum legato transmittitur *l. nec semel* §. *si cui homo ff. quan. di. leg. ced.* In casu nostro facultas interpretandi libellum ambiguum, et declarandi quid petere voluerit, compe-

tit actori ex dispositione legis *l. solemus et l. si quis intentione ff. de judic. l. inter stipulantem* §. 1. *ff. de V. O.* quare non mirum, si transeat ad heredem simul cum instantia defuncti.

Quod si voluntas requiratur ex dispositione hominis, rursus distinguendum est inter voluntatem, quae simpliciter, et absolute requiritur, eamque, quae ponitur in conditione. Primo casu transmit-
33 titur ad heredes *l. illud aut illud. ff. de opt. leg.* Et ne quis putet, id fuisse receptum in legatis favore ultimarum voluntatum, idem traditum de contractibus in *l. si stipulatus fuerim* 76. *ff. de V. O.* Stipulatus sum mihi dari Stichum, aut decem, utrum voluero. Etiamsi facultas eligendi sit personalis; tamen simul cum obligatione transit ad heredem, qui potest eligere utrum velit, Stichum, an decem *d. l. si stipulatus.* Imo transit etiam ad legatarium *l. si sic legatum* 75. §. *si quis ita stipulatus ff. de leg.* 1. In casu nostro voluntas simpliciter et absolute requiritur, non per modum conditionis *l. inter stipulantem* §. *si Stichum ff. de V. O.* Adeoque etiamsi requireretur ex dispositione hominis; tamen ad heredes transmitteretur facultas declarandi voluntatem, quam defunctus non declaravit.

Secundo vero casu, quando voluntas ponitur in conditione, tunc potest velle solummodo ille, cui est injuncta conditio, eoque moriente, antequam declaret voluntatem suam, intercidit obligatio, neque ad heredes transmittitur. Quapropter in *l. centesimis* §. *ult- ff. de V. O.* quae nobis opponitur, si debitor moriatur antequam velit, obligatio corruit; quia verba illa, *cum volueris, dabis*, conditionem faciunt: continent enim expressim, et principaliter tempus, tacite vero, et consequenter conditionem *l. si Titio* 22. *in princ. ff. quan. di. leg. ced. l. quandocumque* 45. §. *non solum ff. de V. O. l. qui promisit ff. de condict. ind.* Idem traditum est et in legatis: nam si legata fuerint Titio centum sub conditione, *si volueris*, intercidit legatum, Titio moriente, antequam declaret voluntatem suam
l. si ita legatum §. *illi si volet ff. de le-* 35
gat. 1. *l. si ita expressum* 69. *ff. de cond. et dem.* quia conditio personae injuncta videtur; et ideo solum ejus personae, cui fuit injuncta, voluntas spectanda est *d. l. si ita expressum ff. de cond. et dem.* Haec enim conditio consistit in facto, cum voluntas facti sit *l. consilio* 7. §. *ult. ff. de curat. furios.* conditiones autem, quae in facto consistunt, implendae sunt ab eo, cui fuerunt adscriptae *l. ult. ff. de cond. inst.*

Hinc facile respondetur etiam ad exemplum legati optionis. Nam legatum optionis erat olim conditionale, et ideo solus legatarius optare poterat, non ejus heres §. *optionis Instit. tit. de legat.* Item optio erat actus legitimus *l. actus legitimi ff. de Reg. Jur.* et actus legitimus per alium expediri non poterat *l. nemo alieno ff. eod.* Hodie autem ex Justiniani constitutione legatum optionis non intercidit, moriente ante optionem legatario, et optandi facultas transit ad heredes *d.* §. *optionis* Quapropter argumentum petitum ex *d.* §. pro nobis facit.

FINIS TOMI PRIMI.



